BIBLIOTECA VIRTUAL DE CIÊNCIAS HUMANAS

JUSTIÇA, CIDADANIA E DEMOCRACIA

Roberto Livianu
Coordenador

É alentador sabermos que há membros do Ministério Público paulista que se ocupam em estudar e escrever sobre a melhor forma de se exercer a "Justiça, Cidadania e Democracia", objeto desta obra coletiva que está sendo publicada no momento em que o Movimento do Ministério Público Democrático celebra seus 15 anos de fundação.

Os temas abordados pelos autores são da maior relevância jurídico-social. A universalização do acesso à justiça é condição *sino qua non* para a prática da cidadania, sendo preocupação de primeira ordem, que a recente criação da Defensoria Pública paulista demonstra. A democracia, por sua vez, é um direito conquistado pelos brasileiros que depositaram no Ministério Público a incumbência de sua defesa.

A compreensão exata da expressão "direitos humanos" e a predisposição de todos – sem exceção – à inclusão dos cidadãos que ao longo de nossa história republicana foram alijados de seus direitos básicos são indispensáveis à concretização de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. A educação formal de qualidade, a segurança alimentar aliada a um meio ambiente saudável, o emprego digno e o acesso ao transporte e serviços de saúde públicos são direitos fundamentais que precisam ser universalizados.

O exemplo de associativismo que os integrantes do MPDemocrático dão à sociedade serve de incentivo àqueles que sonham em contribuir para a transformação da sociedade brasileira em uma verdadeira nação. Um Brasil onde a desigualdade social tenha sido erradicada e a dignidade dos cidadãos não seja apenas expressão retórica.

A leitura deste livro servirá de inspiração não apenas para especialistas, como também para estudantes de Direito e Ciências Humanas, além de todos aqueles que se interessam pelo exercício da cidadania. Queira Deus que o MPD e a Imprensa Oficial prossigam com a edição de outras inúmeras obras desta mesma grandeza.

Cláudio Lembo
Governador

Apresentação

A Constituição Federal, fruto da atuação dos movimentos sociais no enfrentamento de ditadores erigiu o Ministério Público como função do poder responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e do interesse social.

Trata-se da Constituição cidadã, uma vez que temos no atual Ministério Público uma resposta aos anseios do povo por efetivo exercício dos direitos fundamentais.

O respeito ao princípio da independência e autonomia funcional do Ministério Público é fundamental para a maioria dos brasileiros que, convivendo com o estado de miserabilidade e sem voz nesta sociedade, encontram nos membros do Ministério Público a certeza do cumprimento da Constituição.

Todos os advogados compromissados com os Direitos Humanos têm sua experiência positiva com a atuação do Ministério Público, quer nas parcerias com a OAB SP em defesa dos interesses difusos e coletivos, quer na organização de cursos e seminários que buscam a formação de lideranças populares.

A experiência do Ministério Público europeu foi fundamental para a formalização, entre nós, do Movimento do Ministério Público Democrático, movimento social que mantém laços estreitos com a Associação Juízes para a Democracia e com o Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, que vêm prestando relevantes serviços públicos à comunidade, principalmente trabalhando a informação junto a segmentos discriminados para enfrentar a questão de gênero, a questão racial, a violência doméstica, bem como o socorro às crianças exploradas pelo crime organizado.

Para esta cidadã, advogada é uma honra poder apresentar esta obra com temas interdisciplinares tão significativos, do acesso à Justiça à inclusão social, passando pelas questões da ética abordadas pelos nossos melhores humanistas e integrantes do Ministério Público, defensores intransigentes da Pessoa Humana.

Nossa experiência na Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania tem muitas vezes buscado informações técnicas e apoio institucional no digno Ministério Público de São Paulo, na efetivação de nossos projetos sociais.

Eunice Aparecida de Jesus Prudente
Secretária da Justiça e da Defesa da Cidadania

SUMÁRIO

QUINZE ANOS DE TRABALHO EM BUSCA DE MAIS JUSTIÇA, CIDADANIA E DEMOCRACIA

O título do livro coletivo reúne três dos principais valores que marcaram a trajetória e os objetivos do Movimento do Ministério Público Democrático (MPD) – Justiça, Cidadania e Democracia.

A capa traz Roma, cujo Direito é a própria origem do Direito brasileiro. Nela vemos também *la bocca della veritá* (a boca da verdade), verdade que deve ser sempre buscada na distribuição do Direito e da Justiça.

O Movimento do Ministério Público Democrático foi formalmente constituído em agosto de 1991, sob a forma jurídica de uma associação civil sem fins econômicos. Seu nascimento foi um sonho acalentado por inúmeros integrantes do Ministério Público brasileiro que ao longo de décadas idealizavam uma instituição estatal menos autoritária e burocrática.

Almejavam não só democratizar o ambiente interno, mas também as formas de composição de seus órgãos superiores. Queriam um Ministério Público comprometido com os anseios do povo e que fosse independente em relação aos outros Poderes, em especial do Executivo. Queriam mais transparência e que o MP, e a própria Justiça, fossem mais acessíveis a todos.

Desde o início dos anos 80, membros do Ministério Público paulista pleiteavam que a defesa da legalidade democrática fosse atribuição constitucional da Instituição e, com a instalação da Assembleia Nacional Constituinte em 1985 para a elaboração da minuta de uma nova Constituição Federal, os combativos membros do Ministério Público do Brasil se deslocaram para Brasília para ajudar a escrever um novo Capítulo de atribuições do Ministério Público na futura ordem constitucional.

A Constituição Federal promulgada em outubro de 1988 estabeleceu novas e revolucionárias atribuições para o Ministério Público brasileiro, correspondendo ao sonho de muitos membros da instituição, que para isso lutaram bravamente.

Restava, contudo, a interminável tarefa da mudança cultural, que é fazer com que os membros do Ministério Público deixem de atuar apenas burocraticamente nos processos judiciais individuais. Sua prioridade deveria passar a ser a atuação no plano coletivo com ações civis públicas de

largo alcance, conscientizando-se da importância política do regime democrático na construção de um país, mais justo e igualitário.

Nessa época, integrantes do Ministério Público de Portugal convidaram alguns membros do Ministério Público paulista para participarem de um Congresso da Medel – Magistrados Europeus pela Democracia e Liberdades. Desse encontro surgiu a ideia de formalizar a organização de um movimento democrático no Brasil, que congregasse promotores e procuradores com o objetivo de modificar velhas práticas que ligavam umbilicalmente o Ministério Público ao Poder Executivo estadual e federal.

A Medel surgiu em 1985 reunindo as Associações Democráticas europeias, como a *Magistratura Democratica* da Itália (fundada na década de 60), o Sindicato do MP de Portugal (fundado em 1976, no pós-salazarismo), a *Associación Jueces para la Democracia* da Espanha (fundada na década de 80), o *Syndicat de la Magistrature* da França (também fundado na década de 80), entre outras organizações, cujo traço comum era o objetivo de distribuir justiça com uma visão mais sensível do ser humano e mais conectada aos anseios sociais.

No início da década de 90, esses promotores e procuradores predominantemente paulistas, já em companhia de outros colegas, conseguiram criar um movimento inspirado nos novos princípios constitucionais brasileiros e também nos ideais dos magistrados e promotores europeus.

As diretrizes do estatuto social da nova entidade tiveram como parâmetro os princípios adotados pela Medel, com as necessárias adaptações à realidade brasileira e às vocações daquele pequeno grupo fundador. Outros membros do Ministério Público de outros estados brasileiros e também integrantes do MP Federal foram convidados a integrar a nova entidade denominada Movimento do Ministério Público Democrático.

Em 2005, na cidade de Barcelona, foi fundada a Federação de Associações de Juízes para a Democracia da América Latina e Caribe, integrada pelas associações brasileiras – o MPD e a Associação Juízes para a Democracia e pelas associações democráticas de magistrados da Argentina, El Salvador, Equador e Peru (todas elas fundadas depois e por influência das brasileiras) e pelos colegas bolivianos, em vias de fundar sua

associação. A sede permanente é em Buenos Aires e o MPD foi eleito para integrar a primeira diretoria da entidade, ocupando a secretária-geral, ao lado da Associação Juízes para a Democracia do Brasil.

O MPD não tem e nunca teve por objetivo empreender lutas corporativas de cunho sindical, mas sim, a defesa da independência e autonomia do Ministério Público e de seus integrantes em relação aos entes públicos e privados.

No estatuto do Movimento, por exemplo, há uma cláusula que impede que associados eleitos para exercer a direção da entidade, exerçam, concomitantemente, cargo público de confiança ou em comissão dentro do Ministério Público ou fora dele. Apenas os associados eleitos para exercerem cargo de diretoria é que não poderão aceitar nomeação para cargo de confiança.

Embora não houvesse consenso entre os associados na questão de candidaturas de seus militantes para ocupar cargos na administração superior do Ministério Público, o fato é que alguns dos associados do MPD candidataram-se e foram eleitos, passando a administrar a instituição estatal paulista de forma mais democrática a partir de 1996, modificando notadamente seus rumos políticos e sua relação com os meios de comunicação social.

Em outros estados também houve essa movimentação. Os associados do MPD passaram a conquistar espaços internos dentro da administração superior, fato inimaginável por aqueles que lutaram pela democratização até final da década de 80.

No início da militância houve muita resistência, pois os fundadores do Movimento passaram a ser alvo não só de olhares de desprezo e pouco caso por parte de muitos de seus colegas, como também de inúmeras sindicâncias administrativas visando intimidá-los. Implicava-se muito com a denominação de movimento democrático por assim induzir-se que na Instituição houvesse promotores e procuradores não democráticos. A despeito de tudo isso, prosseguiu-se na luta pela democratização interna do Ministério Público.

Hoje, as resistências culturais cederam em boa medida, sendo nítido que a partir de 2000/2001, quando o MPD intensificou suas ações de comunicação estratégica, marcando presença na TV, consolidando e

aprimorando a edição de seu boletim, que hoje é uma revista. O Movimento aumentou o número de inscritos e de participantes nos eventos, incluindo aqueles com pouco tempo de carreira. Hoje, o número de associados ultrapassa 300, em 22 estados da federação, sendo mais de 70% do estado de São Paulo.

O MPD mantém laços estreitos com a Associação Juízes para a Democracia (AJD) e com o Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (Ibap), ambas organizações formadas também por juristas/servidores públicos de convicção democrática. A associação AJD nasceu pouco antes do MPD e foi criada a partir dos mesmos princípios adotados pela Medel.

O compromisso do MPD é o de respeito absoluto e incondicional aos valores político- jurídicos próprios de um Estado Democrático de Direito. O Movimento promove os direitos humanos e sensibiliza os integrantes do Ministério Público para que sejam, de fato, defensores da sociedade, e também para que estes compreendam seus pleitos e carências, aproximando-se mais da população e diminuindo a distância existente entre o serviço público e os cidadãos.

Na sua trajetória de quinze anos, o Movimento registra a realização de quatro congressos e a priorização de ações e projetos voltados para a educação popular de direitos, entre os quais se destaca o projeto Promotoras Legais Populares. Há diversas outras parcerias com entidades da sociedade civil, como o projeto Orientadores Jurídicos Populares com o Centro de Direitos Humanos e Educação Popular (CDHEP) do Campo Limpo, o projeto Adotei um Sorriso, com a fundação Abrinq e o projeto Casajur com a Educafro. O MPD também integra o Comitê Paulista pela Cultura da Paz (Compaz) da Assembleia Legislativa do Estado, participa do projeto 2022 do Brasil que temos para o Brasil que queremos com o PNBE, de cursos em parceria com a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), além de projetos em fase de formatação com a Secretaria da Justiça e Defesa da Cidadania, tendo por foco os Cics, e com a Apeoesp, visando a capacitação de professores da rede pública de ensino.

Desde o ano de 1995, o Movimento engajou-se no projeto Promotoras Legais Populares, iniciativa que simboliza a prioridade na educação popular de direitos, uma iniciativa do movimento feminista paulistano encabeçada pela União de Mulheres em parceria com o Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (Ibap).

Esse projeto vitorioso já completou 11 anos e durante esse tempo expandiu-se para outras cidades paulistas: São José dos Campos, Campinas, Taubaté, Suzano, Campos de Jordão, Rio Claro, Sorocaba, Itapeva, Mogi das Cruzes. Seu objetivo é a capacitação de mulheres que exercem a liderança em suas comunidades e transmitir, por intermédio de palestras e oficinas, informações e noções básicas da história das mulheres, tratados de direitos humanos, introdução ao estudo do Direito, composição do Estado Democrático de Direito, Constituição Federal e leis específicas sobre saúde, previdência social e acidentes do trabalho, educação, consumidor, criança e adolescente; idosos, deficientes físicos, mentais e sensoriais, direito do trabalho e meio ambiente, etc.

O MPD contribui na coordenação do projeto e seus associados lecionam matérias de suas especialidades tais como tribunal do júri e crime de aborto, processo penal, ECA, sistema único de saúde, planejamento familiar e outros temas. Nessa caminhada de mão dupla, aprendemos mais do que ensinamos, pois as questões práticas levantadas pelas alunas são inusitadas para aqueles que lidam apenas com a teoria. A barreira da linguagem se apresenta logo no início da aula quando ao cumprimentar as alunas, as promotoras e promotores de justiça, acostumados com o padrão masculino do mundo jurídico, as saúdam com um sonoro: “Bom dia senhoRES!”.

A preocupação dos associados com a comunicação social levou o Movimento a, desde o início, utilizar-se de um pequeno comunicado mensal que à época denominou-se Etcetera e que servia para informar os associados sobre as principais atividades da entidade. Era digitado e postado pelo correio. Mais tarde, no ano de 1995, lançou-se um boletim informativo impresso em preto e branco, o qual, no ano de 2001, tornou-se colorido. Finalmente, no ano de 2004, o boletim foi substituído pela revista temática bimestral MPDialógico, que tem tiragem de 5 mil exemplares e distribuição gratuita não só para associados mas também para os integrantes do Ministério Público do Brasil, além de outras pessoas e instituições.

No ano de 2000, iniciaram-se as tratativas para a realização de um programa televisivo que fizesse o Movimento discutir temas jurídicos com visão social, linguagem acessível e interatividade com a população leiga. Celebrou-se convênio com a Universidade Metodista de São Paulo, em São Bernardo do Campo, que iniciou a produção dos primeiros programas

Trocando Ideias, que foi ao ar pela TV Comunitária da cidade de São Paulo, durante o mês julho de 2001, com meia hora de duração. Em agosto de 2002, passou a ser veiculado em rede nacional pela TV Justiça.

Após alguns anos, o convênio com a Universidade foi encerrado e o programa passou a ser produzido nos estúdios da Acesp – Associação dos Canais Comunitários do Estado de São Paulo. Hoje, é levado ao ar nas noites de domingo das 22h30 às 23h30, pela TV Comunitária de São Paulo e pela TV Justiça em rede nacional, nas terças às 20h, nas sextas às 10h30 e aos sábados às 10h.

Esses empreendimentos propiciaram novos contatos do MPD com diversos segmentos sociais e aos poucos foi construída uma rede de entidades que têm em comum o propósito de radicalizar o regime democrático no seio da sociedade brasileira. Surge desses contatos, por exemplo, a coluna "Dicionário da Cidadania" no semanário "Correio da Cidadania" e o curso de capacitação "Orientadores Jurídicos Populares", mantido em parceria com o Centro de Direitos Humanos e Educação Popular (CDHEP) de Campo Limpo, em Parelheiros, na região sul da capital paulista.

No momento atual, o MPD participa da primeira diretoria da Federação das Associações dos Juízes para a Democracia da América Latina e Caribe, pretendendo levar a bandeira de um Ministério Público altivo em todos os países latino-americanos, onde é preciso assegurar a inamovibilidade de seus integrantes nos mesmos moldes constitucionais brasileiros.

Oxalá as novas gerações de membros dos Ministérios Públicos venham a participar ativamente das ações empreendidas pelo Movimento do Ministério Público Democrático, fazendo com que o sonho de ontem se torne realidade no presente e no futuro. O regime democrático é um direito dos povos e o Ministério Público deve tornar-se seu defensor intransigente, começando pelo efetivo controle dos atos policiais, combatendo os abusos do poder do Estado e esmerando-se nas investigações das ações criminosas praticadas por quadrilhas organizadas.

Para marcar a passagem do tempo decidimos compor este livro registrando um pouco dos ideais da entidade com visão multidisciplinar da justiça, jamais esquecendo nessa caminhada a importância – para o bem e o

para o mal – dos meios de comunicação social. Nossos agradecimentos aos companheiros dessa longa jornada que dedicaram parte de suas vidas à construção de um Ministério Público efetivamente compromissado com o regime democrático e com a humanização no trato para com seus próprios integrantes e para com toda a população.

Aos colaboradores desta edição e, em especial os amigos de sempre Cláudio Júlio Tognolli, Maria Tereza Sadek, Roberto Romano, Dalmo de Abreu Dallari, bem como a todos os associados que contribuíram para a realização deste livro, o nosso muito obrigado.

Antonio Visconti
Inês do Amaral Buschel
Roberto Livianu
Agosto de 2006

Os artigos estão organizados pelo critério de ordem alfabética dos nomes de seus autores

IGUALDADE

Airton Florentino de Barros
Procurador de Justiça, fundador e ex-presidente do
Movimento do Ministério Público Democrático – MPD.

Do latim, *aequale,* a expressão *igual* significa ter a mesma aparência, grandeza, valor, quantidade, ser idêntico, equivalente. *Igualdade* é evidentemente a qualidade que identifica os semelhantes.

Há igualdade se as coisas estiverem no mesmo plano ou nível, se apresentarem a mesma condição ou pertencerem à mesma categoria.

Pode a igualdade ser genérica quando considerada a natureza das coisas e pode ser específica onde observar a qualidade delas. Pode ser aritmética quando parte da quantidade ou número das coisas e geométrica ao partir da grandeza ou proporção delas.

Não há igualdade sem uniformidade.

Não há igualdade entre coisas de gêneros distintos, senão sob o aspecto numérico, ou para comparação de peso e volume, cor ou outras características isoladas.

Muito menos se pode afirmar a igualdade entre seres humanos, animais ditos irracionais e coisas.

Admitia-se, é verdade, nas civilizações maia e guarani, por exemplo, a existência de espírito também nas coisas e nos animais irracionais. Acreditava-se que todos indistintamente tinham igual direito de concorrer em um ambiente ecologicamente equilibrado à divisão das dádivas da natureza.

Na antiguidade, como se sabe, algumas civilizações chegavam a presumir a superioridade de certos animais, por isso mitificados pelo homem.

Em *Micrômegas,* Voltaire torna quase possível crer na igualdade entre os gigantes habitantes de Sírio e Saturno e os seres humanos, inclusive narrando profundo diálogo filosófico entre eles.

Na poesia de Catulo da Paixão, em *Mata Iluminada,* vê-se inteligência nas árvores e outras espécies da flora brasileira, bem como, em certo grau, a defesa de igualdade de direitos.

O que interessa aqui, entretanto e ao que parece, é o exame da igualdade entre os seres humanos.

E não se cuida evidentemente da igualdade biológica, rechaçada com propriedade por Descartes, em teoria convenientemente mal interpretada pela associação igreja- governo para justificar a superioridade dos monarcas em relação aos demais mortais, pelo menos até o início do século XIX.

Sabe-se que muito antes, a doutrina da desigualdade natural entre os seres humanos encontrava suporte no resultado das manobras bélicas. Com efeito, via-se a guerra como instrumento da demonstração de superioridade do vencedor e, portanto, da desigualdade humana, justificando a instituição de privilégios.

Sob o manto do Direito Romano, permitia-se a declaração de guerra em razão da agressão, fosse através da invasão territorial ou da ofensa às cortes ou entes religiosos. Admitia-se a submissão de um povo a outro em razão da derrota na guerra e a escravização dos prisioneiros ou de seres supostamente animalescos e sem características de civilização.

No início do século XVI, os espanhóis e portugueses, desconsiderando completamente a polêmica estabelecida entre *De Las Casas e Sepúlveda,* preferiram inventar e propagar o canibalismo americano e o comportamento animalesco dos nativos e, assim, legitimar a invasão de terras por eles ocupadas milênios antes e a sua escravização. Pior ainda o que continuou acontecendo até o fim do século XIX com os povos africanos.

Em outros termos, entendia-se que, afastada a igualdade natural, havia de ser afastada também a igualdade de direitos.

Todavia, quando se fala em igualdade humana, não se pode restringir a discussão à análise de identidades biológicas, físicas e materiais.

É que a igualdade é antes de tudo um sentimento.

É preciso tratar a igualdade também como forma de suprimento da carência de todo ser humano, de ser considerado por outro ou por todos os outros da espécie como um indivíduo igual, sem a qual ninguém consegue alcançar sua própria dignidade.

Precisa o ser humano reconhecer-se existente em sua individualidade e importante em sua comunidade. Não é por outra razão que procura

proteger incessantemente seu brio e sua reputação, como fonte de energia vital para sua alma. Para aferição de sua função social, utilidade e importância frente à coletividade, observa permanentemente a forma com que costuma ser por ela tratado.

Trocando em miúdos, espera a inteligência média que, para a manutenção da dignidade humana, a sociedade deve atribuir a cada um e a todos os seus componentes o mesmo grau de oportunidade, ônus e benefício.

Daí é que, para Vitor Hugo, em *Claude Gueux,* no ambiente da exclusão um homem pode tornar-se criminoso.

Para que aquele estágio da história humana tivesse alteração, era necessário que as nações fossem reconhecidas universal e definitivamente como povos soberanos. Era hora de decretar-se o fim dos impérios territoriais, conquistados pela invasão e pela força.

Mesmo assim, não era possível automaticamente implantar-se um regime de igualdade entre os indivíduos, dada a tirania de muitos governos.

Era indispensável, pois, que os cidadãos tivessem direitos individuais reconhecidos formalmente, através de normas escritas, públicas e estáveis, que prevalecessem sobre a lei comum, aprovada sem a mesma legitimidade popular.

Exigia a humanidade que o tempo marcasse o aparecimento do Estado constitucional.

Dizem – e não é difícil conferir – que, nos cinquenta anos que antecederam a declaração de independência brasileira, cerca de quinhentos estudantes teriam sido encaminhados para Coimbra, 80 % deles para o curso de Direito. Todos, sem exceção, insatisfeitos com o tratamento recebido das autoridades portuguesas. O preconceito do povo da sede do reino em relação ao da província era sensível. Como cidadãos de segunda categoria. Tanto que, revoltados, os brasileiros, em grande parte, passaram a liderar ou participar da revolução europeia que tinha como objeto substituir a teoria cartesiana da desigualdade natural pela absoluta igualdade defendida por Loke. Com atuação destacada, contribuíram efetivamente, assim, para a constitucionalização do Estado espanhol e para idêntico processo em Portugal.

Sabendo, entretanto, que, mesmo com a constitucionalização do Estado português, não deixariam de ser considerados cidadãos de província, resolveram então dar forte impulso ao movimento para a constitucionalização brasileira que, à evidência, teve berço nas lutas pela busca da igualdade humana e, como pressuposto, a declaração da independência nacional.

Só o Estado pode ao mesmo tempo exigir o cumprimento de obrigações e garantir o exercício de direitos fundamentais.

Aliás, a existência do Estado só se justifica quando, por seu estatuto principal e sua administração, assegurar o exercício desses direitos a um e a todos os cidadãos.

É que, caracterizando-se o ser humano pelo conflito entre vícios e virtudes, segue sobre a linha limítrofe entre o bem e o mal, ora pendendo para um lado, ora para o outro, quase nunca alcançando o almejado equilíbrio. Assim, ao mesmo tempo em que não se importa com a igualdade no momento do prazer, incomoda-se com a desigualdade na hora do sofrimento.

Nesse jogo em que o egoísmo, a ambição e a vaidade se opõem ao altruísmo, ao desprendimento e à generosidade, a convivência humana torna-se um milagre no dizer de Guimarães Rosa, em *Primeiras Estórias.*

Sob esse raciocínio é que o Estado ganha maior relevância.

Sem regras não há a menor possibilidade de relacionamento entre indivíduo e coletividade.

Agora, sendo o Estado, ao menos no pensamento kelseniano, uma construção jurídica e não econômica, não pode ser considerado, como na atualidade, mero instrumento de organização ou acomodação econômica da sociedade.

Ocorre que a total ausência do Estado, em todos os campos de sua atuação, vem sendo justificada por supostos entraves econômicos.

Como as necessidades materiais unem as pessoas, num primeiro plano de observação, poderia o desavisado ter a economia como o fator responsável pela criação do Estado, comunidade organizada.

Interesses materiais, de fato, podem favorecer a organização social. São, entretanto, justamente os interesses econômicos que produzem os mais graves conflitos decorrentes do egoísmo humano. Só um pacto entre os cidadãos pode evitar a autodestruição. Em outros termos, só as regras jurídicas organizam a sociedade.

É importante mencionar que a estrutura do Direito moderno não decorreu de um ato de magia. Demorou muito para transformar sacrifício em clamor, clamor em luta, luta em promessa, promessa em conquista, conquista em garantia. Resultado, na verdade, do pensamento dos grandes cientistas da Filosofia de todos os séculos da civilização.

De fato, o fundamento do Direito é e sempre foi a Filosofia, indiscutível base da evolução intelectual da humanidade. E enquanto foi ela o principal suporte da Ciência Jurídica contribuiu concretamente para a organização social, ainda que lentamente.

Hoje, com a patente substituição dos questionamentos filosóficos pelos dogmas da economia, todas as instituições sociais passaram a descambar pela infinita ladeira da decadência, sobretudo dos valores morais. Os princípios do silogismo filosófico, fundadores da metodologia científica, que busca evitar a fé cega em conclusões sem premissas válidas, perderam definitivamente seu espaço para qualquer afirmação infundada, lançada ao léu por um mercenário qualquer, com um economista fisiológico a tiracolo.

Conceder 19,5% ao ano de reajuste ao salário-mínimo causa inflação. Dar o mesmo percentual de juros sobre a dívida pública aos banqueiros não causa inflação. Exemplos de dogmas, quase de natureza religiosa da Economia, que não encontram sustentação no campo filosófico e consequentemente no jurídico.

Compreende-se, pois, porque os governos ditatoriais da atualidade justificam qualquer reforma legislativa com o argumento puramente econômico.

Sob esse encadeamento aparentemente lógico e racional, se a busca do mais vantajoso economicamente é que é correto, não se pode negar também que é mais econômico roubar do que despender tempo e suor para adquirir licitamente o que se quer. O que contenta a teoria econômica nem

sempre atende aos princípios éticos. Ora, o Estado deve ser ético, ainda que mercenários sejam seus agentes.

Daí repita-se, a importância da organização da sociedade por meio da construção de um Estado constitucional, ou seja, que faça com que administração pública e administrados se sujeitem ao seu estatuto constitutivo, a Constituição.

É que a Constituição, além de traduzir teoricamente, no pensamento de Rousseau, em *Contrato Social,* a mais legítima manifestação da vontade de todos os cidadãos, ainda exige um comportamento ético de cada um e de todos os constituintes, consagrando, já no pressuposto, o princípio da igualdade, tanto na formação do Estado como na percepção dos resultados de sua atuação.

É na Constituição, pois, que se institui o princípio da cidadania, atributo que faz do indivíduo um sujeito de direitos e deveres frente a toda a comunidade em que vive, de tal modo a patentear verdadeira reciprocidade entre o interesse coletivo e o particular. Em outros termos, é na Constituição que se impõe, em maior amplitude, o tratamento igualitário não só entre cidadãos, mas entre comunidade e cidadãos.

Mais evidente se apresenta ainda essa função do Estado constitucional, quando se adota, tal como no Brasil, o regime republicano e democrático.

Aliás, há hoje consenso universal no sentido de que alguns direitos, entre os quais o da igualdade, até independem do direito interno de cada Estado. E o Estado contemporâneo nem consegue integrar-se na comunidade internacional se persistir em não adotar o princípio da isonomia como garantia fundamental do cidadão. Trata-se de um direito supraconstitucional.

A igualdade, de fato, é direito natural do ser humano.

Por isso, é previsto expressamente nas convenções internacionais.

Realmente, entre os direitos fundamentais assegurados pelos Estados modernos, ganha especial relevância o princípio da *isonomia,* expressão originária do grego, que nomina o estado daqueles que são governados pela mesma lei, isto é, igualdade de todos perante a lei.

Não há a menor dúvida de que, para os gregos da era aristotélica, a igualdade de todos perante a lei já se apresentava como pressuposto da democracia.

O princípio da isonomia, entretanto, difundiu-se para todas as nações a partir da declaração francesa do fim do século XVIII, que pretendia e conseguiu ter caráter universal para a instituição de direitos fundamentais. De fato, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789 consagrou a igualdade como direito fundamental desde o seu primeiro artigo:

> Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

No mesmo sentido, desde o seu preâmbulo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948,

> Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo... Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher... Artigo I. Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade. Art. II. Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. Não será tampouco feita qualquer distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Também não é e nem poderia ser diferente o que prevê a este respeito a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de 1969, o Pacto de San Jose da Costa Rica:

> Art.24. Igualdade perante a lei. Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei.

Não é por outra razão que as Constituições brasileiras seguiram o mesmo caminho, ora apenas impondo a observância do princípio da igualdade, ora proibindo discriminações.

Com efeito, já a primeira Constituição brasileira, de 1824, estabeleceu:

> Art.179, ... 13. A lei será igual para todos quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

É bem de ver que se cuidava de texto a regular o regime monárquico, que ainda se baseava à evidência na concessão de distinções e títulos nobiliárquicos, abolidos com o advento da primeira Constituição republicana, de 1891:

> Art.72,... §2º. Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as origens honorificas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.

Também não houve grande modificação no texto de manutenção do princípio da isonomia na Constituição de 1934:

> Art.113, 1. Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas.

Nem houve sensível alteração do referido princípio nas Constituições que se seguiram (1946, 1967, 1969), até que a Constituição Federal, de 1988, acabou inovando ao incorporar o princípio das chamadas ações afirmativas.

De fato, a Constituição de 1988 não se contentou com a forma usual de se assegurar o respeito ao princípio da isonomia e de proibir discriminações, através de condutas reguladas por comando verbal de caráter negativo ou omissivo.

Em outros termos, é sabido que, ao garantir o direito ao tratamento igualitário por parte de todos os cidadãos e proibir discriminações específicas *(Art.5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta*

Constituição), não aponta a norma constitucional, por si e isoladamente, para a modificação do *statu quo.*

Essa era a filosofia adotada pelos legisladores constituintes anteriores.

Em outras palavras ainda, contanto que não ocorressem novos atos de discriminação, as coisas poderiam continuar como sempre foram.

Quis a Constituição Federal em vigor, todavia, fazer com que Estado e comunidade, na observância do princípio da isonomia, começassem a adotar condutas reguladas por comando verbal afirmativo. Daí as assim denominadas ações afirmativas.

O tratamento destinado pela lei aos cidadãos deve ser igualitário, não podendo haver qualquer tipo de discriminação. E mais. O estado das coisas não pode permanecer o mesmo. Deve modificar-se para, pelo menos, desfazer ou diminuir o estoque de diferenças criadas por comportamentos baseados na cultura anterior.

Não é por outro motivo que se tornou preocupação de âmbito constitucional a exigência de medidas concretas tendentes a *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais... e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (CF, art.3º, III e IV).

Importante é notar que não se cuida de preceito de ordem meramente programática, mas de caráter normativo e, portanto, de efeito concreto imediato (CF, art.5º, §1º).

Medidas afirmativas na construção de um novo status para os até aqui discriminados devem ser efetivamente adotadas.

11. É verdade que a partir da substituição da linguagem jurídica, fundada na ética, pela linguagem econômica, baseada na especulação e na vantagem patrimonial, o Estado, na usual expressão popular, virou a bola da vez.

Sucede que a reduzida comunidade dos imperadores da globalização econômica decretou que a máquina do Estado deve ser reduzida. O Estado deixou de ser visto como um bem social, indispensável independentemente de seu custo. Passou a ser analisado sob o crivo do custo-benefício, na

definição exclusivamente econômica. Por ser populista o argumento ilude e se torna convincente. Se o Estado não dá lucro, dá prejuízo. Se não pode ser extinto, deve ser reduzido ao máximo.

É a tal teoria do Estado mínimo, que nega vigência até à coisa julgada e ao direito adquirido.

Hoje, um dos direitos fundamentais do cidadão, o de resistência à opressão do Estado, uma das facetas da luta contra a discriminação e o abuso, não se dirige mais ao Estado, mas às empresas privadas que hoje exercem função pública essencial em razão do processo indiscriminado da denominada terceirização.

Chegou a tal ponto que, apesar da previsão constitucional no sentido de que ninguém está obrigado a se associar, vêm prefeitos municipais estimulando a atuação de associações de moradores de loteamento, muitas vezes presididas por seus cabos eleitorais, que fecham o loteamento como se pudessem transformar áreas de uso comum do povo em condomínio fechado, reduzindo os serviços públicos e consequentemente instituindo a bitributação sobre os moradores, através da indevida arrecadação do que numa aberração chamam de taxas condominiais. Mais um exemplo da prevalência de valores econômicos sobre valores morais.

Não é sem motivo que a sociedade brasileira tornou-se refém do Estado paralelo das organizações criminosas.

Tem razão, pois, o filósofo Edgar Morin, diante das circunstâncias, ao afirmar que o povo brasileiro tem na sua maior virtude, que chama de espírito da autossuficiência, também o maior defeito. Sua alegria permanente faz com que se conforme até com os maiores abusos.

Por isso, o Estado, de mínimo, passou a ausente em todas as áreas de sua atuação, ou seja, na habitação, saúde, segurança, educação. E como, em tais condições, a administração pública só pode atender um contingente cada vez menor da população, maior a cada dia a discriminação.

Na situação atual, tudo que escapa à linguagem econômica, resvalando para a jurídica, torna-se questão de justiça. E, lamentavelmente, os agentes públicos dos Poderes Legislativo e Executivo resolveram entender que podem, nesse campo, continuar na omissão, numa equivocada interpretação da tripartição *montesquieuana* dos Poderes do Estado e na

divisão de suas atribuições. É como se dissessem: se é justiça que você quer, procure o Judiciário, que é o único incumbido de distribuir justiça.

É bom registrar que as ações afirmativas não são ações judiciais afirmativas.

Nenhum dos Poderes e Instituições pode fugir ao princípio das ações afirmativas. E, embora não possa o Judiciário furtar-se de reconhecer o direito fundamental reclamado por qualquer cidadão e exigir sua observância, não pode ser indevidamente sobrecarregado com função decorrente da omissão por vezes até criminosa de agentes públicos de outros Poderes.

De um modo ou de outro, a mais censurável omissão do Estado é a do Judiciário que, infelizmente, também caiu na armadilha da mencionada linguagem econômica. E, na verdade, um dos piores exemplos de conduta contra as ações afirmativas tem partido do próprio Judiciário, incidindo sobre a condenável discriminação decorrente da condição social do cidadão. Ora, a Justiça deve resolver conflitos entre pobres e ricos indistintamente. No entanto, continua a Justiça Civil sendo domínio dos ricos, enquanto a Criminal perseguidora dos pobres. Tem, pois, o Judiciário exigido prova cabal de ser o pobre que pleiteia assistência judiciária gratuita realmente miserável, não se contentando com sua declaração nesse sentido, como faculta a lei. E manda cancelar a distribuição caso não recolhidas as custas. Quando o requerente consegue os recursos emprestados e recolhe as custas, é acusado de incidir em litigância de má-fé. É a própria Justiça negando acesso dos pobres ao Judiciário, quando se sabe que convenções internacionais definem como direito humano o acesso de todos à Justiça de seu País.

Aliás, diante do que até aqui se expôs, já se pode notar que a ausência de medidas para a redução de desigualdades afronta princípios impostos constitucionalmente à administração pública, como os da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência (Cf, art.37).

A esta altura, torna-se necessário distinguir as desigualdades, decorrentes da injusta distribuição de ônus e bônus do Estado entre os cidadãos, das diferenças naturais (sexo, raça, idade) e culturais dos indivíduos e das diversas nações do País.

Ora, ninguém pode pretender com a incidência do princípio da isonomia a padronização do ser humano. É evidente que só a diversidade pode enriquecer um povo.

Para as diferenças naturais e culturais, a solução é o respeito e a tolerância. Para as desigualdades de condição social, irmãs da exclusão e do direcionamento injusto das oportunidades, fruto do desgoverno, a solução é sem dúvida a indignação e a ação.

Só há igualdade entre os cidadãos com a concreta redução das desigualdades. E aqui algumas situações podem ser exemplificativamente citadas.

Os cargos e funções públicas não podem continuar, em grande parte, sendo atribuídos aos parentes e amigos de governantes, num verdadeiro atentado ao regime republicano, à democracia e ao princípio da igualdade.

Licitações e concursos públicos devem ser realizados com critérios que impeçam o dirigismo, o apadrinhamento e o favorecimento.

Os espaços públicos só podem ser cedidos para o uso por particulares sob a regra do concurso, de maneira a garantir o amplo e igualitário acesso de todos os interessados e a eliminar ou reduzir a discriminação.

Da mesma forma, os serviços públicos, sobretudo os da saúde, educação e segurança, até pelo seu caráter universal, não podem privilegiar determinados entes ou segmentos da sociedade.

Odiosa a fila dupla da saúde, seja para atender preferencialmente os participantes de convênios privados em prejuízo da universalidade dos miseráveis, seja para realizar transplante de órgãos em paciente que pode pagar, preterindo os deserdados da sorte, os mortais da periferia social.

Mais odiosa a fila dupla quando o hospital, os equipamentos, os medicamentos, os recursos humanos são públicos e, portanto, pagos pelo erário, constituído pela arrecadação de tributos incidentes sobre ricos e pobres.

O mesmo se pode dizer da educação. Não tem o menor cabimento, pois, a escola pública de nível médio, geralmente de péssimo nível, continuar sendo destinada aos pobres, enquanto a também pública de nível superior, de reconhecida excelência, quase que exclusivamente aos ricos.

Por tudo o que se expôs, conclui-se que é dever do Estado, amplo sentido, se necessário por imposição judicial, promover efetivamente a redução das desigualdades por meio das chamadas ações afirmativas. Afinal de contas, como se viu, não há apenas a igualdade aritmética, sendo imprescindível que se considere a igualdade geométrica ou proporcional na fixação de cotas para os desfavorecidos.

Os ônus não podem ser mais pesados para os que menos podem e os benefícios devem ser maiores para os que mais precisam.

Em outras palavras, os órgãos públicos devem ser preenchidos por cotas representativas de todas as diferenças humanas, de modo a traduzirem o mais fiel espectro da antropologia nacional, regional ou local, conforme o caso.

É necessário, pois, fazer com que os órgãos públicos federais, porque de âmbito nacional, sejam constituídos de brancos, negros, indígenas, mulheres e homens, de acordo com o percentual conferido pela estatística oficial de todo o território nacional.

Já os órgãos públicos estaduais, preenchidos por todos esses segmentos, mas de acordo com o percentual conferido pela estatística oficial levantada no território de cada Estado.

A projeção não pode ser diferente para a composição dos órgãos municipais.

É que, se considerada a generalidade da população brasileira em todo o território nacional, as mulheres, no senso de 2000, chegavam a 51% da população. Regionalmente considerada, a população pode modificar-se. A população do estado de São Paulo, por exemplo, no mesmo ano, era em 51% constituída de mulheres. A do Amazonas, por sua vez, em 49%.

De outra parte, a população nacional é constituída de quase 40% de negros. Mas na Bahia, mais de 50% são negros, enquanto em Santa Catarina, menos de 10%.

Não se quer com isso estabelecer um regime de cotas que atenda rigorosamente o percentual da estatística oficial, sem margem de erro. Também não se pode admitir, entretanto, que o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, tenha em sua composição apenas 10% de mulheres e menos negros ainda.

Ademais, não é necessário que normas infraconstitucionais regulamentem esse direito que, por ser fundamental, é de imediata incidência.

É incumbência do Juiz, até pelo dever de honestidade, cumprir integralmente sua missão de dar a cada um o que é seu e não prejudicar ninguém, não apenas no sentido formal, mas especialmente no material.

Nada impede que o Judiciário, em última análise, mande realizar censos demográficos para específicas finalidades, se as estatísticas oficiais não se apresentarem suficientes para o esclarecimento do objeto da demanda.

É evidente, de qualquer modo, que lei superveniente, regulamentando os limites da ação afirmativa, deve prevalecer desde que não afronte o comando constitucional.

Por fim, não custa mencionar que as ações afirmativas sujeitam também as empresas privadas que, se podem ser exploradas como domínio particular, são obrigadas a cumprir sua função social.

DIREITO DE PROPRIEDADE E DIREITO DE MORADIA

Alexander Marfins Matias
Promotor de Justiça em Santo André e atualmente é vice- presidente do Movimento do Ministério Público Democrático MPD.

Claudionor Mendonça dos Santos
Promotor de Justiça em Santo André e integrante do Movimento do Ministério Público Democrático – MPD.

O direito à propriedade, um dos direitos fundamentais do Homem, está consagrado na Declaração dos Direitos Humanos (art. 17 nº 1). Entretanto, é necessário frisar que a Declaração nãop instituiu o direito de propriedade, que já existia, como diz Sanchez Viamonte, ao assinalar que, a partir de então, a propriedade deixava de ser privilégio de uma determinada classe, e em consequência, todo ser humano estava autorizado a exercer esse direito. Um direito igual aos da personalidade, com um sentido político de "*redenção humana*".[1]

Dessa forma, o direito à propriedade da terra para o lavrador que não a possui e que nela queira trabalhar para retirar não só seu sustento e de sua família, bem como dela queira extrair produção excedente que leve aos mercados para, assim, poder auferir riqueza, é um direito novo, na sua forma institucional, que não só dignifica o campesino, como contribui para o desenvolvimento econômico e social do País. Esse direito novo decorre da moderna concepção da propriedade como *"função social"* hoje adotada pelas Constituições e ordenamentos jurídicos dos mais diversos. E a função social é o princípio que informa todo o direito agrário no ordenamento das atividades agrárias e das reformas de uso e tendência da terra.

A Constituição Federal de 1988 cristalizou avanços no conceito de propriedade privada e do cumprimento de sua função social, assegurando a propriedade privada (art. 5º, XXII), mas condicionando-na a garantia do bem-estar social, dispondo que a propriedade rural atenderá à sua função social (art. 5º, XXIII), dirigida à justiça social, quando atender aos seguintes requisitos (art. 186):

[1] La libertad y sus problemas, ed. Omeba, Buenos Aires, págs. 227/228.

- Aproveitamento racional e adequado;
- Utilização adequada dos recursos naturais disponíveis;
- Preservação do meio ambiente;
- Observância das leis do trabalho;
- Exploração visando ao bem-estar do proprietário e dos empregados.

Por outro lado, prevê sanções visando ao cumprimento da função social (182, § 4º, CF), a saber: parcelamento ou edificação compulsórios; IPTU progressivo no tempo e desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública.

Lembra Regina Helena Costa que o princípio da função social da propriedade "é afirmado e reafirmado por diversas vezes pela Constituição da República. Nada menos que oito dispositivos a ele se referem: arts. 5º, XXIII (rol dos direitos individuais); 156, § 1º, (IPTU progressivo); 170, II (princípio geral da atividade econômica); 182, caput e § 20 (política urbana); 184, caput; 185, parágrafo único (desapropriação para fins de reforma agrária) e 185 (propriedade rural)".

E arremata, esclarecendo que "o princípio da função social da propriedade é uma limitação do direito de propriedade, no sentido de que compõe o próprio perfil desse direito (correspondendo à noção de Poder de Polícia em sentido amplo, na lição de Celso Antonio Bandeira de Mello). O proprietário deve usar e desfrutar do bem, exercendo esse direito em prol da coletividade".[2]

Nesse aspecto, admite-se que o princípio é mais do que limitação, obrigação e ônus do proprietário que mais se harmoniza com o ensinamento da Igreja, segundo o qual "sobre toda a propriedade particular pesa uma hipoteca social".[3]

A função social, ensina Pedro Escribano Collado, "introduziu na esfera interna do direito de propriedade um interesse que pode não coincidir com o do proprietário e que, em todo caso, é estranho ao mesmo".[4] Afinal,

[2] COSTA, Regina Helena. Reflexões sobre os princípios de direito urbanístico na Constituição de 1988. Temas de Direito Urbanístico. FREITAS, José Carlos de, org.. São Paulo: Ministério Público/Imprensa Oficial, 1999, p.13.
[3] Cf. CNBB, Solo Urbano e Ação Pastoral, p.28 nº84, p. 134, Ed. Paulinas, 82.
[4] La Propriedad Privada Urbana, p. 122;

não estão longe os tempos em que o proprietário era o dono do escravo ou do feudo.

Por sua vez, a reforma agrária como instrumento de realização do direito à propriedade da terra foi reconhecida pelos países da América Latina quando subscreveram a Carta de Punta Dei Leste, em que se comprometeram a fazê-la de forma integral, ou seja, tanto a redistribuição de terras como a necessária assistência técnica, creditícia e demais medidas complementares, visando à "efetiva transformação das estruturas e injustos sistemas de exploração da terra", de forma a que "a terra constitua para o homem que a lavra, base da sua estabilidade econômica, fundamento do seu progresso, bem-estar e garantia da sua liberdade e dignidade" (Carta, item 6º).

Dessa maneira, reforma agrária é basicamente uma transformação das estruturas arcaicas e injustas visando não apenas ao desenvolvimento econômico, mas, também, à justiça social no agro. A nossa Lei Agrária de reforma reza na mesma conformidade:

"Considera-se Reforma Agrária o conjunto de medidas que visem promover melhor distribuição da terra, mediante modificações no regime de sua posse e uso, a fim de atender aos princípios de justiça social e ao aumento da Produtividade" (Estatuto da Terra, §1º, do art. 1º).

Por isso mesmo, como a Reforma Agrária é também um processo de mudança social que implica transformação das estruturas agrárias e enseja a ascensão econômica e social das massas campesinas, ela sofre a oposição insidiosa de todos aqueles que estão interessados na manutenção do *status quo*, ou seja, de seus privilégios. Daí, todas as manobras desviacionistas para que a lei da reforma agrária não seja aplicada. É o que ocorre em toda a América Latina, em um movimento que os agraristas chamam de "contrarreforma".[5] Essa ainda é a realidade atual, visto que no Brasil existem grandes extensões de terras concentradas nas mãos de escassos privilegiados, explicando-se, assim, o temor que levou alguns latifundiários a se armarem.

A solução imporia ao Governo implantar a reforma agrária, procedendo de imediato ao levantamento, nas regiões já declaradas de prioridade, dos latifúndios e minifúndios que não estejam cumprindo sua

[5] Medieta y Nunes – Introducción al Derecho Agrário, México, 1966, cap. 20, pag. 247; Gimenez Landines – "A reforma agrária e o desenvolvimento dos Países Latino Americanos nos próximos dez anos", in A América Latina.

função social, assim como a formulação dos respectivos projetos de divisão dos primeiros e reagrupamento dos segundos, com os necessários programas de infraestrutura e de organização dos serviços complementares de assistência técnica, creditícia e de mercado em cooperativas, de modo a efetivar o correto assentamento dos parceleiros.

Por outro lado, é necessário lembrar que a parcela dos 10% mais ricos controla 42% da riqueza e, na outra ponta, os 10% mais pobres dividem entre eles 1% da renda nacional, sintoma da perversidade que coloca o País na desonrosa posição de segundo concentrador de renda, atrás de Serra Leoa.

Há, portanto, escandalosa concentração de propriedade da terra no Brasil, com reflexos no panorama social, como o aviltamento de algumas instituições mantidas pela sociedade e que buscam, incessantemente, a criminalização de qualquer movimento social que lute pela divisão da terra, mesmo improdutiva. Esse quadro deve ser alterado e o nível de organização dos trabalhadores do campo merece outra visão, relembrando- se a luta iniciada ainda na década de 50, sob o comando de Francisco Julião, através das Ligas Camponesas, violentamente combatidas, inclusive através do massacre de seu líder maior, torturado e banido do País.

Enquanto no campo não se efetiva a garantia de que o direito à propriedade da terra é não somente mera declaração, mas sim um direito fundamental do lavrador, acelera- se incontrolavelmente o processo de urbanização. Tal processo tornou-se mais nítido com o incremento da fase de industrialização, provocando o deslocamento da força de trabalho existente nos campos, atraída progressivamente para as cidades junto às quais se localizam as indústrias em expansão, estimulada pelos melhores níveis salariais existentes, somado a outros fatores, tais como as atrações de bem-estar, promoção à velhice, à infância e à maternidade. Logo se verificou que tal aspiração era quimérica e, dentre todas as manifestações características do processo de urbanização, avulta a do aparecimento de núcleos de habitações subumanas, com todo o cortejo de mazelas sociais e morais.

É de se recordar que já na Segunda Grande Guerra, no Centro-Leste do País, o surto industrial (SP-RJ-BH), com o crescimento demográfico em todo o território, ocasionou o despejo da corrente migratória de um êxodo rural, vindo de regiões nordestinas atingidas pelas novas rodovias. Da ausência de planejamento, resultou esta distorção: as populações do Grande

Rio e Grande São Paulo, altamente concentradas, enquanto mais da metade do território nacional (Amazônia e Oeste) desocupada.

O fenômeno da urbanização, caracterizado pelo crescimento desordenado das cidades, surgiu no Rio de Janeiro, por volta de 1930, com o aparecimento tímido das primeiras favelas, sendo facilmente observada a sua aceleração, pois a topografia local obrigou um crescimento linear da cidade. Em São Paulo, o fenômeno iniciou através da ocupação de prédios antigos e de espaços ociosos onde numerosas famílias passaram a se abrigar no lugar que outrora fora ocupado por uma única família, por repartição pública ou até mesmo em terminal rodoviário.

Assim, no alvorecer do terceiro milênio, aproximadamente 20 milhões de brasileiros vivem em favelas: são 5.572 milhões de famílias, sendo a da Rocinha uma das maiores favelas do mundo. Pioneiro na favelização, o Rio não é a única cidade a enfrentar o problema: em Recife, 43% da população vive em favelas; em Salvador, 33%; em São Paulo, 20% e no Rio, 25%.

Vale lembrar também que o alto custo da moradia e a especulação imobiliária, dentre outros fatores, provocaram a formação de assentamentos precários em áreas de risco e/ou de proteção ambiental, como morros e encostas, beiras de córregos, aterros sanitários, áreas de mananciais etc., caracterizados pela total ausência de infraestrutura (coleta de esgoto, água encanada, fornecimento de energia elétrica, coleta de lixo doméstico, guias e sarjetas), de espaços públicos (praças, escolas, hospitais, etc.) e de títulos de propriedade.

Essa caótica realidade tem contribuído em muito para a disseminação da violência e da criminalidade, com as organizações criminosas substituindo o Estado ausente e obtendo o apoio da comunidade que vive nessas ocupações precárias, seja por medo ou por necessidade extrema.

Recente reportagem publicada no Jornal Folha de São Paulo, no caderno Cotidiano, narrou com detalhes a atuação do PCC (Primeiro Comando da Capital) na favela Pedra sobre Pedra, localizada na zona sul de São Paulo, merecendo a transcrição de um pequeno e emblemático trecho:

"Em um cenário desenhado por morros tomados por barracos, lixo, esgoto a céu aberto e onde carteiros, lixeiros e serviços sociais não chegam, a facção criminosa PCC (Primeiro Comando da Capital) montou, com o

apoio dos moradores, uma de suas bases de venda de droga em São Paulo. Em troca, criou uma espécie de programa assistencial, batizado de Ajuda da Correria para o Social, que distribui leite, gás e cestas básicas a 200 famílias cadastradas. 'Correria' significa crime na linguagem das ruas".[6]

Contudo, acreditamos que a inserção do direito à moradia no rol dos direitos sociais relacionados na Constituição Federal (art. 6º), norma programática que deve reger a interpretação de todas as normas e as ações governamentais, impede a adoção pelos governantes de políticas que dificultem o exercício do direito à moradia, e impõe a regulamentação das atividades do setor privado e a elaboração de programas de urbanização e regularização fundiária.

Nessa linha, diversos instrumentos foram criados pela Constituição Federal e disciplinados pelo Estatuto da Cidade visando à regularização fundiária (para conferir segurança jurídica aos assentados) e a urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, impondo a adoção de normas especiais para os assentamentos precários.

Dentre esses instrumentos, merece breve análise o usucapião coletivo e a concessão de uso especial de imóvel público urbano para fins de moradia.

Usucapião, como é cediço, é uma forma originária de aquisição da propriedade. Aquele que possui a coisa, agindo como se dono fosse, sem oposição, por período e requisitos estabelecidos em lei, pode adquirir a propriedade por usucapião.

Contudo, embora muitos dos moradores de ocupações irregulares vivam no mesmo local há anos, o custo elevado de um processo, a impossibilidade, na maioria das vezes, de se identificar os terrenos ocupados por cada possuidor e a ausência de instrumentos que garantissem o acesso à Justiça, impediam que eles adquirissem a propriedade por usucapião.

Assim, a Constituição Federal trouxe uma importante inovação ao tornar possível, no artigo 183, a propositura de ação de usucapião coletivo.

Ensina Dalmo de Abreu Dallari que "a posse de um imóvel pode ser obtida e mantida em comum, por duas ou mais pessoas. Quando um grupo de pessoas ou de famílias, agindo conjuntamente, passa a ocupar uma área

---

[6] 22/06/2006, jornalista Kleber Tomaz.

que se ache em estado de abandono, sem que sofra qualquer oposição, está configurada uma posse comum ou coletiva, posse jurídica que a doutrina consagrou com a designação de composse". E finaliza: "No caso do artigo 183 da Constituição, pode-se afirmar, com absoluta segurança, que o Constituinte sabia que a posse urbana para moradia é sempre coletiva, sendo extremamente raras as exceções. Estas, por sua raridade e por sua pequena expressão social, não justificariam uma disposição constitucional inovadora. Assim, portanto, sem qualquer sombra de dúvida, o artigo 183 da Constituição Brasileira permite que se use o caminho tradicional do usucapião para, tendo por base a posse comum, se obter o usucapião coletivo".[7]

O Estatuto da Cidade disciplinou o instituto, possibilitando que áreas urbanas particulares sejam usucapidas coletivamente, legitimando as associações de moradores a ingressarem com ação de usucapião e assegurando os benefícios da justiça e da assistência judiciária gratuita, o que poderá finalmente conferir a essa população de excluídos o direito à moradia, garantido pela Constituição Federal.

Dispõe o artigo 10, do Estatuto da Cidade que "as áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda como sua moradia por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural". Para contagem do prazo, permite o parágrafo primeiro do referido dispositivo que o possuidor acrescente sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

Por sua vez, o artigo 12 do Estatuto estabelece que poderá ajuizar ação de usucapião, "como substituto processual, a associação de moradores da comunidade, regularmente constituída, com personalidade jurídica, desde que explicitamente autorizada pelos representados". O parágrafo

[7] Revista de Informação Legislativa n. 115/373, jul/set. 1992, Usucapião Coletivo, *apud* MONTEIRO, Manuel Sérgio da Rocha. Da impossibilidade de aquisição de imóvel urbano em área de invasão por meio do usucapião constitucional: uma abordagem sociojurídica. Temas de Direito Urbanístico 2. FREITAS, José Carlos de, org.. São Paulo: Ministério Público/Imprensa Oficial, 2000, p. 125.

segundo garante a mencionada gratuidade, inclusive perante o cartório de registro de imóveis.

Fica aberta, assim, a possibilidade dos moradores de baixa renda adquirirem a propriedade de fração ideal do imóvel urbano que ocupem, para que, num segundo passo, tenham maiores condições de exigirem dos Poderes Públicos e dos responsáveis por eventual parcelamento clandestino a realização de obras de urbanização (coleta de esgoto, iluminação pública, asfalto, áreas de lazer, escolas etc.), melhorando a qualidade de vida e, seguramente, diminuindo a criminalidade.

Importante salientar que nas ações de usucapião especial urbano é obrigatória a intervenção do Ministério Público, medida salutar para impedir que maus loteadores, mediante prévio acordo com os adquirentes de lotes em situação irregular, tentem burlar a Lei nº 6766/ 79, se isentando de cumprir as formalidades legais e de realizar as obras de infraestrutura.

Assim, para que seja possível a regularização fundiária nas favelas e cortiços, torna-se indispensável que os lideres comunitários passem a organizar e orientar a comunidade, criando formalmente as associações de moradores onde ainda não houver e, por fim, ajuizando as ações de usucapião coletivo.

Porém, sabemos que boa parte das ocupações irregulares está inserida em áreas públicas, que não podem ser usucapidas.

Por tal razão, o Projeto do Estatuto da Cidade disciplinava o instituto denominado de concessão de uso especial para fins de moradia, sendo os artigos vetados pelo então Presidente da República que, em substituição a eles, editou a Medida Provisória nº 2.220, de 04 de setembro de 2001, a qual, embora com amplitude menor que o mencionado projeto de lei, trouxe importantes inovações para a regularização fundiária em ocupações de áreas públicas, o que veremos a seguir, em breve explanação.

Estabelece o artigo 1º da referida medida provisória que:

> Aquele que até 30 de junho de 2001, possuiu como seu por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem

objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

O artigo 2º, por sua vez, prevê a concessão de uso especial coletivo para os casos em que o imóvel público possuir área superior a 250 metros quadrados, desde que esteja ocupado por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos até 30 de junho de 2001, sem que seja possível identificar os terrenos ocupados por possuidor; o que geralmente ocorre nas favelas estabelecidas em áreas públicas.

Portanto, podemos dizer que os principais requisitos para obtenção da concessão de uso especial são:

1) Exercício ininterrupto e sem oposição da posse por cinco anos completados até 30 de junho de 2001, podendo ser somada à posse do antecessor, desde que sejam contínuas;
2) O imóvel público não pode possuir mais de 250 metros quadrados de área no caso da concessão de natureza individual;
3) O imóvel deve estar situado em área urbana e deve ser utilizado para moradia do possuidor ou de sua família;
4) O possuidor não pode ser proprietário ou concessionário de outro imóvel, urbano ou rural.

Presentes os requisitos legais, o possuidor terá o direito de obter a concessão da área pública, por via administrativa ou judicial, com averbação no cartório de registro de imóveis; podendo, inclusive, transferi-la para terceiros.

Contudo, a concessão será extinta se o concessionário der ao imóvel destinação diversa da moradia para si ou para sua família ou adquirir a concessão ou a propriedade de outro bem imóvel ou rural.

Por outro lado, casos há em que o imóvel está localizado em áreas de risco (margens de rios e córregos, encostas etc.). Assim, no caso da ocupação acarretar risco à vida ou à saúde dos ocupantes, o Poder Público garantirá o exercício do direito à concessão de uso especial em outro local (art. 4º); vale dizer, ele não poderá simplesmente indeferir o pedido de concessão, mas deverá garantir a transferência dos moradores para outro imóvel.

Por fim, é importante frisar que a medida provisória em tela não descuidou do interesse coletivo, prevendo as hipóteses em que não é

conveniente a perpetuação da ocupação irregular. Quando se tratar de imóveis de uso comum do povo, destinados a projetos de urbanização, de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais, reservados à construção de represas e congêneres ou situados em via de comunicação, o Poder Público poderá (ato discricionário) deixar de conceder o direito de concessão de uso dessas áreas, mas deverá assegurar o seu exercício em outra área.

Temos, assim, um importante instrumento de regularização fundiária com grandes possibilidades de ser colocado em prática, faltando apenas vontade política e mobilização da comunidade.

Destaca-se, nesse ínterim, o papel relevante do Ministério Publico, diante daquela função institucional que diz que lhe cabe "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia". Por força constitucional deverá verificar e buscar solução para os conflitos pela posse da terra, dentro dos limites legais, intermediando a lide, verificando se a propriedade se submete aos ditames da justiça social, cumprindo sua função dirigida à justiça social, na lição de José Afonso da Silva.[8]

Ao Judiciário, na solução dos conflitos advindos entre o interesse do particular, em ações possessórias, com eventuais ocupantes de áreas ociosas, cabe análise diferenciada, com viés social, relembrando-se que a Constituição Federal determina, em seu artigo 6º, com a redação da Emenda Constitucional 26, de 14/12/2000,que a moradia é um direito social, que, em linguagem comum, significa simplesmente ter um endereço, ocupar um espaço para morar, porque não se habita a via pública, os baixos de viaduto, a beira de estrada, a marquise, situações que violam profundamente a personalidade do homem, retirando-lhe qualquer traço de dignidade.

Relembre-se, também, que a Constituição Federal aponta como objetivo fundamental da República, a construção de uma sociedade justa e solidária, além da erradicação da marginalização, outorgando poderes a todas as entidades públicas da Federação para combater as causas da pobreza e os fatores da marginalização, determinando às mesmas entidades

[8] Curso de Direito Constitucional Positivo – RT. 1990.

que promovam programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

A questão encontra, portanto, amparo na própria Constituição Federal, porque não existe maior exclusão a ausência de um teto para morar.

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE AS POLÍTICAS DE SAÚDE NO BRASIL

Anna Trotta Yaryd
Promotora de Justiça em São Paulo e atualmente é presidente do Movimento do Ministério Público Democrático – MPD

Aspectos introdutórios

> O homem como espécie, e cada homem em sua individualidade, é propriamente insubstituível: não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma. Mais ainda: o homem é não só o único ser capaz de orientar suas ações em função de finalidades racionalmente percebidas e livremente desejadas, como é, sobretudo, o único ser cuja existência, em si mesma, constitui um valor absoluto, isto é, um fim em si e nunca um meio para a consecução de outros fins. É nisto que reside, em última análise, a dignidade humana.[1]

Dignidade da pessoa humana, pois, é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais.

Assim, princípios de soberania, cidadania e dignidade da pessoa humana são princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito (artigo 1º, incisos I, II e III, CF), que têm por objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa, solidária, garantindo o desenvolvimento, na busca pela erradicação da pobreza e da marginalização, promovendo o bem de todos, sem preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação. Não se há de conceber a dignidade da pessoa humana, sem garantia do direito à vida, e, por consequência, do direito a uma vida saudável. E também não se há de conceber uma sociedade livre, justa e solidária, sem a participação de cada cidadão, da sociedade e do Estado, todos em esforço conjunto, para garantir que não haja excluídos, marginalizados, miseráveis; onde os direitos humanos superem o plano das ideias; onde não haja preconceitos de qualquer espécie ou forma de discriminação, muito menos pela condição especial dos portadores de deficiência física, de transtornos mentais ou qualquer outro

---

[1] COMPARATO, FÁBIO CONDER, Fundamento dos direitos humanos, *Cultura dos Direitos Humanos,* Maria Luiza Marcilio e Lafaiete Pussoli (orgs.), LTr, pp. 72-73.

tipo de limitação por problemas de saúde, e menos ainda, pela ausência ou inadequação de medicamentos e tratamentos imprescindíveis à saúde, de modo que toda pessoa humana possa exercer seus direitos de cidadania.

Caracterização do direito à saúde

A Constituição Federal de 1988, em seu título II,[2] contemplou um elenco bastante amplo de direitos e garantias fundamentais, na esteira de seu reconhecimento e afirmação no curso da historia. Foram estatuídos os tradicionais direitos à vida, liberdade e propriedade,[3] bem como os direitos políticos, sociais, econômicos e culturais, com a inclusão ainda de alguns dos direitos decorrentes das novas reivindicações do gênero humano, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida.[4]

Mas, ao contrário dos direitos individuais, que constituem direitos a abstenções do Estado, os direitos sociais referem-se a prestações do Estado, requerendo um dar ou fazer estatal para seu exercício, e impondo a realização de políticas públicas, isto é, de um conjunto sistematizado de programas de ação governamental.[5] A Constituição de 1988 incorpora claramente esse caráter do direito à saúde quando, no artigo 196, estabelece que ele será “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças, de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Além disso, outros dispositivos da Constituição também impõem obrigações ao Estado nesse campo, como o artigo 23, II, que estabelece como competência comum dos entes federativos “cuidar da saúde”, e o artigo 24, XII, que inclui no âmbito da competência concorrente a legislação sobre “proteção e defesa da saúde”.

Portanto, o direito à saúde foi constitucionalizado, em 1988, como direito público subjetivo a prestações estatais, ao qual corresponde o dever dos Poderes Públicos desenvolverem políticas que venham a garantir esse direito, sendo tal forma de constitucionalização o ponto de partida para

[2] Arts. 5º a 17, da CF.
[3] O direito de propriedade deve atender à sua função social (art. 5º, XXII e XXIII, da CF).
[4] A Constituição de 1988 destinou um capítulo próprio aos direitos sociais (capítulo II do título II) e, mais adiante, inseriu um título especifico sobre a ordem social (título VIII).
[5] Alexy, 1985; Canotilho, 1998.

analisar a eficácia e a aplicabilidade do direito à saúde, examinando sua exigibilidade judicial.

A grande verdade é que quando nos deparamos com direitos sociais, econômicos e culturais de natureza prestacional, muitas vezes, eles deixam de se concretizar, muito embora sejam veiculados em dispositivos que apresentam a mesma estrutura lógico-normativa das demais regras definidoras de direitos, comportando aplicação direta e imediata, em razão do injustificado desperdício da enorme potencialidade de preceitos aptos a proporcionar o desfrute de bens e interesses de proveito individual e coletivo.[6]

Entretanto, quanto ao direito à saúde, o Supremo Tribunal Federal, assentando tratar-se de direito público subjetivo que “representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196)”, já se posicionou no sentido de que: “traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem garantir aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

O direito à saúde – além de qualificar-se como fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional”.[7]

Realmente, por muito tempo, de uma maneira geral, todos os preceitos que consagraram direitos sociais da pessoa humana foram relegados à condição de meras normas de cunho programático, nas quais

> o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos,

[6] BARROSO, LUIS ROBERTO, O direito constitucional e a efetividade de suas normas — limites e possibilidades da Constituição Brasileira, Renovar, 5ª ed., p. 148.
[7] STF, RE 273.834-4-RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 31.10.2000, DJU 02.02.2001, Ement. 2017-19.

> jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.[8]

Porém, estando inegavelmente revestidas de juridicidade e do efeito derrogatório em relação aos atos que lhes sejam contrários,

> além de constituírem princípios e regras definidoras de diretrizes para o legislador e a administração, as 'normas programáticas' vinculam também os tribunais, pois os juízes têm acesso à constituição, com o consequente dever de aplicar as normas em referência (por mais geral e indeterminado que seja o seu conteúdo) (...).[9]

Saúde como política social no Brasil e o papel do estado

A saúde, desde a sua gênese, foi formulada de forma mercantilizada, vinculada ao mundo do trabalho, e, mesmo no mundo do trabalho, com uma certa discriminação, uma vez que ela não foi concebida para todos.

Assim eram as Caixas de Aposentadorias e Pensões, previstas na Lei Elói Chaves – 1923 (CAPS), que se destinavam às regiões urbanas, enquanto a maior parte da população brasileira encontrava-se na zona rural.

Na década de 30, a constituição dos Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAPs) por categoria profissional, a partir da fusão das CAPs, simplesmente acentua o espaço para a mercantilização da saúde, instituindo-se no sistema previdenciário duas modalidades de provimento da assistência médica para os trabalhadores formais e urbanos: uma estruturada através de serviços próprios e outra modalidade que privilegiava a compra de serviços de terceiros, ambas financiadas através de desconto compulsório na folha de salário.

Em 1966, após o Golpe Militar, ocorre a reunificação do IAPs, com a prevalência da modalidade que contemplava a compra de serviços de terceiros, aqui, a origem do setor privado de saúde no Brasil.

Vale dizer: através de uma política de Estado é que se lançam as bases para criação do setor privado de saúde no Brasil, financiado através

[8] SILVA, JOSÉ AFONSO DA, *Aplicabilidade das normas constitucionais,* Malheiros, 3ª ed., p. 138.
[9] CANOTILHO, J.J. GOMES, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, p.1180.

da contribuição de empregados e empregadores geridos exclusivamente pelo Estado.

Assim, em tempo algum a saúde foi concebida para abarcar a totalidade da população brasileira, e justamente por isso, por nunca termos praticado esta concepção universalista, pagamos o tributo desta cultura política na atualidade, que é denunciado como um problema estrutural da política de saúde no Brasil.

É fato que a Constituição de 1988 rompe com a concepção até então vigente nas políticas de saúde ao contemplar o conceito de seguridade em substituição ao conceito seguro, com um Capítulo voltado exclusivamente à Seguridade Social, abarcando saúde, previdência e educação, com acentuada inspiração no *Welfare State* europeu.

Concebendo a saúde como um direito social a ser provido pelo Estado, de forma universal e igualitária, implica necessariamente sua desmercantilização. Entretanto, ao proclamar um novo *status* para a saúde, não prove as bases materiais para implementá-la de forma condizente com sua nova situação, constituindo essa implementação o grande desafio frente à exclusão do acesso aos serviços de saúde de significativa parcela da população.

Apesar de todos os avanços desse processo, a assistência à saúde no Brasil continua caracterizada por um sistema dual, com traços e vinculações institucionais distintos: o primeiro, de caráter contributivo, vinculado ao setor privado de prestação de serviços comprados pelo Estado para atender à demanda dos segmentos vinculados formalmente ao mercado de trabalho, e financiados com recursos da previdência social; o segundo, financiado com recursos do orçamento fiscal destinados ao Ministério da Saúde, vinculados aos serviços estatais de saúde, cobrindo os procedimentos de menor densidade tecnológica, a atenção primária para a população excluída do mercado, assim como aqueles de maior e mais complexa densidade tecnológica, para os segmentos mais ricos da população, uma vez que os setores privados de prestação de serviços

médicos e de cobertura assistencial não arcam com os custos desses procedimentos por serem extremamente elevados.[10]

Temos, ainda, que ao promover a regulação do setor privado da saúde, ocorrida somente em 1998, o Estado brasileiro promoveu uma regulamentação meramente da perspectiva do consumidor, completamente à margem do Sistema Único de Saúde, resultando num processo produtor de iniquidades, e de um cinismo social sem par, caracterizando um paradoxo social expresso por "uma universalização que é seletiva".

Nas palavras do professor Francisco de Oliveira, "a área da saúde, nesse passo, espelha o Estado de Mal Estar Social vigente no Brasil".

De um lado, cerca de 40 milhões que constituem a parcela dos incluídos, com acesso a uma rede de serviços de saúde subsidiada de várias formas pelo Estado, e que nos segmentos de ponta é tecnicamente comparável à dos países desenvolvidos que destinam muito mais recursos financeiros para o setor saúde, e, no outro extremo, a grande massa de excluídos, com precário acesso a um sistema de saúde já deteriorado em função do relativo desinvestimento público no setor e do desequilíbrio entre a demanda e a oferta de serviços, e que também apresenta disparidades e problemas na qualidade da assistência prestada.

Não é por menos que, muito embora o arcabouço legal básico da área da saúde tenha sido concluído dois anos após a promulgação da Constituição, com instrumentos legais complementares: a Lei 8080/90, voltada para a organização dos serviços de saúde, sua direção, gestão e competências dos diferentes níveis de governo, e a Lei 8142/90, que enfoca mecanismos de participação comunitárias na gestão e as transferências de recursos financeiros, tornando-a primeira, e até meados da década de 1990 a única, dentre as áreas sociais, a ter completa a sua regulamentação legal após a promulgação da Constituição, suas consequências não tenham surtido os efeitos previstos e desejados em grau de velocidade compatíveis com as exigências para a estruturação do SUS.

[10] ELIAS, PAULO EDUARDO "Estrutura e organização da atenção à saúde no Brasil" – São Paulo: Cortez Editora/Cedec, 1996, pp.57-117.

Somando-se a isso, temos a onda econômica neoliberal, originada na década de 80 nos países centrais, que se dissemina pelo mundo capitalista, alcançando os países periféricos, entre os quais o Brasil.

Promove-se, então, a difusão de uma nova concepção de políticas públicas, em que estas perdem suas identidades sob o domínio da política macroeconômica, resultando no abandono de seus objetivos igualitários, generalizando-se o abandono do *welfare state* pela eficiência, competitividade e equilíbrio econômico.

Não se pensa mais no Estado prestador de serviços, mas sim no Estado que estimula, que ajuda e subsidia a iniciativa privada.

Desta forma, a temática da Saúde é reuniversalizada, agora, porém, através de uma vertente predominantemente economicista e no âmbito das mudanças da nova ordem econômica mundial, em que às políticas sociais resta apenas o caminho da eficiência e da privatização.

Desde então, sob o discurso de promover o ajuste da economia e da maior eficiência, vem o poder público inovando na busca de soluções para os problemas de saúde, resultando em experiências criativas, algumas delas ocorrendo totalmente à margem do SUS, tal como oficialmente definido.

Da terceirização

A Constituição Federal, é bem verdade, faz referência à possibilidade de serem os serviços públicos de saúde prestados por terceiros, que não a Administração Pública, estabelecendo, no artigo 199, parágrafo 1º, que

> as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência às entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Entretanto, é importante realçar

> que a Constituição, no dispositivo citado, permite a participação de instituições privadas 'de forma complementar', o que afasta a possibilidade de que o contrato tenha por objeto o próprio serviço de saúde, como um todo, de tal modo que o particular assuma a gestão de determinado serviço. Não pode, por exemplo, o Poder Público transferir a uma instituição privada toda a administração e execução das atividades de saúde prestadas por um hospital público ou por um

centro de saúde; o que pode o Poder Público é contratar instituições privadas para prestar atividades-meio, como limpeza, vigilância, contabilidade, ou mesmo determinados serviços técnico-especializados, como os inerentes aos hemocentros, realização de exames médicos, consultas, etc.; nesses casos, estará transferindo apenas a execução material de determinadas atividades ligadas ao serviço de saúde, mas não sua gestão operacional.

A Lei nº 8.080, de 19.9.90, que disciplina o Sistema Único de Saúde, prevê, nos arts. 24 a 26, a participação complementar, só admitindo-a quando as disponibilidades do SUS 'forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área', hipótese em que a participação complementar deverá 'ser formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público' (entenda-se, especialmente, a Lei nº 8.666, pertinente a licitações e contratos). Isto não significa que o Poder Público vai abrir mão da prestação do serviço que lhe incumbe para transferi-la a terceiros; ou que estes venham a administrar uma entidade pública prestadora do serviço de saúde; significa que a instituição privada, em suas próprias instalações e com seus próprios recursos humanos e materiais, vai complementar as ações e serviços de saúde, mediante contrato ou convênio.[11]

Os governantes, no entanto, no afã de efetivar as almejadas reformas e sob o impulso dos tecnocratas, acabam, por vezes, por atropelar o direito positivo, criando fórmulas inéditas de parcerias, invertendo o velho princípio da legalidade, segundo o qual a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite.

Mas a inovação não pode preceder a elaboração legislativa, sob pena de ruir o Estado de Direito.

No direito administrativo brasileiro, se a Administração Pública quiser criar figuras contratuais novas, tem que procurar seu fundamento no direito positivo, não sendo possível pura e simplesmente ignorar o regime jurídico de direito público, sem que se promovam as alterações legislativas necessárias a essa finalidade.

[11] Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 186.

A legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I, do parágrafo único do art. 2o da Lei 9784/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme a lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos".[12]

Conclui-se, pois, que não basta cumprir a lei, simplesmente na frieza do seu texto. É preciso atendê-la na sua letra e no seu espírito, razão pela qual a administração deve ser orientada pelos princípios do Direito e da Moral, para que ao legal se ajunte o honesto e o conveniente ao bem comum, supremo e único objetivo de toda a ação administrativa.

A implementação do projeto de terceirização na área da saúde, consubstanciado na transferência de bens e recursos públicos para entidades privadas que se disponham a, mediante a celebração de convênio, contrato de gestão, ou termo de parceria, a prestarem os serviços que seriam de incumbência do Estado, através do Sistema Único de Saúde- SUS, exige muita cautela, quer porque essa providência não atende ao interesse coletivo, quer porque, e, principalmente, colide frontalmente com os princípios e regras da Constituição da República e da Lei Orgânica da Saúde que regem a promoção do direito à saúde através do SUS, seja por vícios relativos ao próprio conteúdo da medida, seja pela falta de observância dos procedimentos formais de gestão do SUS.

Mas não é só. Esses procedimentos, evidentemente sujeitam o patrimônio do SUS a graves danos, ao afastarem a licitação para seleção das parceiras, e a contratação por concurso. Inclusive, possibilitam a subcontratação de pessoal e de serviços, com a fixação de salários ao bel prazer, sem respeito aos austeros princípios da administração pública, essa situação que desmantela a estruturação das carreiras públicas, bem como qualquer plano de cargos e salários, e cria a balbúrdia nas relações de trabalho e na organização dos serviços, rasgando o princípio da legalidade

[12] MEIRELLES, Hely Lopes – in Direito Administrativo Brasileiro, 25ª edição, p. 82.

administrativa, com a quebra da isonomia e afronta aos artigos 37, caput e inciso X e 39, caput e § 1º.

Investir-se na iniciativa privada no papel de protagonista, deixando de investir na ampliação da rede própria e por vezes se demitindo do serviço que vinha prestando, efetivamente confronta o texto constitucional e a Lei Orgânica da Saúde.

Conclusões

Efetivamente os dilemas da saúde não se encontram na antinomia Estado/mercado ou mesmo no público/privado, mas em revestir a ação política na saúde de um projeto capaz de efetivamente enfrentar a desigualdade e exclusão sociais, com a prevalência do interesse público na condução política do Estado, e introdução de mecanismos reais de controle social sobre os serviços de saúde, sejam eles estatais ou privados.

Diante de uma sociedade desigual e com alto grau de exclusão como a brasileira, o tratamento da saúde como política social exige a sua organização de modo a incorporar na formulação e na efetivação das ações, medidas voltadas para a superação deste quadro social, e não apenas aquelas tecnicamente dirigidas para a preservação e a recuperação da saúde em abstrato.

É necessário produzir uma reforma do Estado orientada pela articulação da razão econômica com as necessidades sociais, geradora de um processo estável e contínuo de inclusão social, e, principalmente, estabelecer políticas de saúde como políticas de Estado, isto é, imunes em suas estruturas às naturais instabilidades da alternância de governos, com o efetivo e eficiente aproveitamento do que já existe, prezando pela continuidade nas ações de saúde.

Além disso, implementar um processo de descentralização que potencialize a democratização das ações de saúde, considerando-se que o tratamento do problema a partir do Município pode favorecer a integração das políticas públicas de desenvolvimento urbano, além de promover ações no sentido da desmercantilização da produção de serviço de saúde são medidas necessárias para que se tenha condição de oferecer um atendimento compatível com a dignidade humana e com a vida como valor essencial.

No processo de terceirização, é importante observar a necessidade da definição das áreas necessitadas de reforço privado e da especialidade a ser contratada, cabendo às Secretarias de Saúde providenciar a contratação, sempre através de processo adequado, visando a complementação a oferta com serviços privados, sempre depois de utilizada toda a capacidade instalada dos serviços públicos de saúde.

Finalmente, na acentuada oposição entre os tecnocratas e os burocratas, precisamos equalizar a aplicação dos princípios da eficiência e da legalidade, com o fim de não permitir que a privatização represente única e exclusivamente o anseio de fugir ao regime jurídico de direito público, sob o pretexto de ineficiência da Administração Pública.

A INDEPENDÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Antonio Visconti
Procurador de Justiça e membro fundador do Movimento do Ministério Público Democrático – MPD

Explicação inicial

Não se empreenderá a seguir um estudo teórico, mesmo sintético, sobre o tema. Antes se desfiarão algumas reflexões, a partir da experiência de mais de quatro décadas e meia no Ministério Público do Estado de São Paulo; campo de observação é o da atuação desta Instituição, conquanto me reporte a alguns episódios marcantes relativos ao Ministério Público Federal e a alguns outros.

Breve esboço da evolução legislativa

Na busca da independência da Instituição muito se caminhou e não pouco se há de seguir caminhando. Da década de 30 na centúria passada são os primeiros passos na institucionalização do Ministério Público em São Paulo, em especial o ingresso na carreira mediante concurso público.

Na Constituição do Estado de 1947, veio a proibição do exercício da advocacia compensado pela equiparação de vencimentos com os Juízes de Direito. Mais adiante, em 1953, veio a obrigatoriedade de a chefia da Instituição caber a um dos 11 integrantes de seu Colégio de Procuradores, em lista tríplice elaborada por este e apresentada ao Governador do Estado, ao qual se permitia demiti-lo quando quisesse.

Teoricamente, o Procurador-Geral de Justiça poderia não ser do agrado do chefe do Executivo, bastando que um grupo majoritário suficientemente coeso formasse a lista, na qual os três indiferentemente estivessem comprometidos com seu ideário. Nunca se atingiu, contudo, tal grau de coesão, sempre se digladiando ao menos dois grupos – em alguns períodos com grande acirramento, manobrando, quase sempre, o grupo preterido para mudar o chefe do *parquet,* de forma que o Governador do Estado conservava grande influência nos destinos da Instituição. E as divergências no Colégio de Procuradores se estendiam à quase totalidade da

classe, que formava o Conselho Superior do Ministério Público. E a própria elaboração legislativa se dava muito ao sabor da força política de um ou outro grupo (por um curto período, na década de 60, a classe elegia dois dos quatro membros eleitos do Conselho Superior, e o Colégio de Procuradores, os outros dois, voltando-se ao sistema anterior na Constituição Estadual de 1967).

Na Constituição Federal de 1967, além de se colocar o Ministério Público no capítulo do Poder Judiciário – que não chegou a se efetivar – a equiparação dos vencimentos com a Magistratura ganhou assento na Lei Maior, o que foi ratificado por pronunciamento do Supremo Tribunal Federal em 1968, rechaçando representação do Governo do Estado de São Paulo, a pedido da chefia do Judiciário paulista, contra a vinculação. No final de 1968, porém, essa Constituição foi mutilada por uma emenda de numerosos de seus dispositivos, a partir do Ato Institucional nº 5, fazendo recrudescer o autoritarismo no País. No rol das emendas veio a proibição de vinculação de vencimentos entre carreiras do serviço público. A perda dessa garantia sacrificou a independência da Instituição, à medida que estar nas boas graças do Executivo mostrava-se essencial a que, de fato, a remuneração continuasse equiparada.

Não obstante todos os malefícios suportados pela Instituição, em face da ausência do Estado de Direito, a partir de 1970 pôs-se em execução frutuosa busca de união das associações estaduais do Ministério Público, formando-se a Confederação das Associações Estaduais do Ministério Público – a CAEMP -, forte instrumento de luta pela institucionalização do *parquet* em todo o País. Em 1973, o novo Código de Processo Civil ampliou bastante o campo de intervenção do Ministério Público nos processos civis, prevendo-a genericamente para todas as hipóteses em que o interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou pela qualidade da parte a reclamasse.

No inicio década de 80, foi promulgada a primeira lei orgânica nacional dos Ministérios Públicos dos Estados, a qual houve veto a dispositivo que equiparava vencimentos de Magistrados e Promotores, não obstante constasse da proposta do próprio Presidente da República. Em meados da década, foi editada a Lei da Ação Civil Pública, dando poderoso instrumento de atuação ao *parquet* na defesa de interesses difusos. No final de 1982, a legislação paulista pela primeira vez instituiu o mandato de dois

anos, possível uma recondução, ao Procurador-Geral de Justiça. E isso ao final de uma grave crise desencadeada por alguns meses de desequiparação de vencimentos com a Magistratura.

Em 1988, a Constituição Federal deu ao Ministério Público seu atual perfil. Tornou obrigatório o comando do Ministério Público Federal por integrante seu, com mandato de dois anos, permitida a recondução, institucionalizando a lista tríplice e o mandato para os Ministérios Públicos dos Estados. Separou Ministério Público e Advocacia Geral da União. Previu a autonomia administrativa e financeira da Instituição, cometeu a seu chefe a nomeação e promoção e remoção de seus integrantes, antes confiada ao Chefe do Executivo e principalmente deu grande extensão à iniciativa do Ministério Público na defesa dos interesses difusos e coletivos e do patrimônio público, consagrando-o como defensor do regime democrático, a par de consagrar a titularidade exclusiva da ação penal pública.

A elaboração constitucional foi fruto do trabalho das entidades de classe, da União e Estados, estas via CONAMP, nova denominação da associação congregando as estaduais, e de Procuradores e Promotores comissionados em outros Poderes e com possibilidade de influência no processo, como foi o caso do hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, José Celso de Mello Filho, então assessorando o Consultor-Geral de República, de Luiz Antonio Guimarães Marrey, Plínio Antonio Brito Gentil e Cláudio Brocchetto Filho, integrantes do gabinete do Ministro da Justiça, Marco Vinício Petrelluzzi, chefe de gabinete do então Senador Mario Covas, líder do PMDB, dono da maior bancada na Assembleia Constituinte, isso para mencionar apenas os paulistas. E contou com o prestígio e influência de Procurador de Justiça aposentado, então relator de Subcomissão encarregada da parte do Judiciário e Ministério Público, Plínio de Arruda Sampaio.

O Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Orgânica Nacional dos Ministérios Públicos dos Estados trouxeram outras inovações, dentre as quais a formação da lista tríplice para escolha do Procurador-Geral de Justiça por todos os integrantes da carreira.

Na atualidade e gerando muita controvérsia, modificação constitucional instituiu os Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério

Público, questionando-se a violação do princípio federativo pelo reconhecimento de seu poder normativo.

Algumas notas históricas

Enquanto a chefia da Instituição constituía cargo de confiança do chefe do Executivo, no Ministério Público da União e da maioria dos Estados podendo ser exercida por pessoa estranha a seus quadros, evidentemente a independência da Instituição era seriamente afetada, pela subordinação em que ficava, em especial para fins orçamentários, em relação àquela autoridade. A atuação independente quase se restringia aos Promotores de Justiça, sujeitos, porém, a afastamento dos processos sempre que afetavam interesses de pessoas poderosas.

Ainda assim, houve episódios que enobreceram a Instituição e outros que lhe trouxeram indiscutível desprestígio. O Ministério Público gaúcho teve momentos de destaque na repressão ao abuso de poder e um processo teve grande repercussão, envolvendo um policial que fora jogador profissional de futebol – “Didi Pedalada” – de que fora vítima um casal de uruguaios, alvos de perseguição política. Em São Paulo, o Procurador de Justiça Hélio Pereira Bicudo notabilizou-se por corajoso desempenho na propositura de processos contra integrantes do “Esquadrão da Morte”.

Na gestão do Procurador-Geral Oscar Xavier de Freitas, houve grande incremento na apresentação de recursos extraordinários criminais, de que foi incumbido inicialmente o Promotor Damásio Evangelista de Jesus; a iniciativa interessava à independência da Instituição, pois ensejava maior controle sobre decisões de 2º Grau na matéria criminal; e houve experiência pioneira na formação de grupo de Promotores para atuar na repressão a roubos, caracterizada pela formação de banco de dados, ampliando muito o campo de atuação do Ministério Público, à medida que lhe permitia iniciar a ação penal independentemente das provas reunidas em inquéritos isolados.

Mas não se pode olvidar que o Procurador-Geral da República Décio Miranda, em 1968, ofereceu denúncia contra o então deputado Márcio Moreira Alves, por motivo de assertivas feitas da tribuna da Câmara Federal, coberto pela inviolabilidade parlamentar, plenamente assegurada pela Constituição Federal de 1967 (meses antes, o Procurador- Geral de Justiça Ruy Junqueira de Freitas Camargo demovera o Governador do

Estado Abreu Sodré de representar para responsabilização criminal do deputado Orlando Jurca, em razão de suposto crime contra a honra no curso de discurso proferido no plenário da Assembleia Legislativa, mostrando que o parlamentar estava coberto por aquele princípio, com caráter de imunidade penal).

Mais adiante, em meados da década de 70, o Supremo Tribunal Federal deixou de apreciar a constitucionalidade de decretos secretos do Poder Executivo, ao fundamento de que a iniciativa para tanto era exclusiva do Procurador-Geral da República. Em protesto, o ministro Adauto Lucio Cardoso requereu a aposentadoria, proclamando que o Pretório Excelso jamais se pronunciaria sobre o tema, ante a posição subordinada daquela autoridade diante do Presidente da República. Ao que se propalou, a iniciativa concorrente com a do Procurador-Geral da República cometida pela Constituição Federal vigente a várias entidades para representar pela inconstitucionalidade de normas legais se deve à pequena confiança na independência do chefe do Ministério Público Federal.

Mas a independência da Instituição em relação ao chefe do Poder Executivo teve seus primeiros lances na órbita do Ministério Público Federal, a partir da gestão de seu primeiro chefe, na nova ordem constitucional, Aristides Junqueira Alvarenga. A impugnação da candidatura de Sílvio Santos à Presidência da República, que era inspirada pelo então Presidente José Sarney, sequioso de barrar a vitoriosa caminhada de Fernando Collor de Melo, marcou essa atitude independente. E ganhou o respeito do País, ao ponto de ser reconduzido ao cargo por este último, não obstante algumas claras demonstrações de independência que pareciam indicar a inevitabilidade da troca de comando; esta, porém, pareceria forma de abrandar a atuação do Ministério Público em feitos que interessavam ao Governo de tal forma que se teve por mais conveniente não efetivá-la e já na gestão Itamar Franco esse Procurador-Geral da República seria novamente reconduzido à chefia da Instituição.

Há pouco tempo, o atual Procurador-Geral da República, Antonio Fernando de Souza, apresentou denúncia contra integrantes do Partido dos Trabalhadores, vários dos quais exerceram funções de grande relevo no governo, articulando se houver formado quadrilha para obtenção de maioria na Câmara Federal; essa peça vem se constituindo num dos tópicos

principais dos ataques da oposição ao Presidente da República. Um gesto deste seria impensável antes da vigência da atual Constituição.

No Estado de São Paulo, após um período pouco propício à independência da Instituição, justamente quando a chefia do Executivo coube a um ex-integrante dela, e quando se deram os últimos episódios de afastamento de Promotores de Justiça de processos que afetavam gente ligada ao Governador e ao ex-governador do Estado, a partir da gestão do Procurador-Geral Luiz Antonio Guimarães Marrey houve numerosas iniciativas testemunhando o aumento da independência da Instituição em relação aos demais Poderes, notadamente ao Executivo. Pela primeira vez uma Secretária de Estado, no exercício do cargo, foi processada criminalmente, houve interposição de mandado de segurança contra ato do Ministro da Aeronáutica que negava cópia de laudo de desastre aéreo ao Ministério Público. Hoje já nem chama atenção a análise de atos de altas autoridades do Poder Executivo, foi proposta ação penal contra o Secretário da Segurança Pública, iniciativas impensáveis, como visto, há duas décadas. Deram-se os passos iniciais, enfim, no controle externo da atividade policial, o que obviamente não interessa ao Poder Executivo e despertou a reação do Secretário de Segurança da época.

E na esfera extrapenal houve a propositura de muitas ações de improbidade contra secretários de Estado e iniciativas barrando ou obstaculizando empreendimentos de interesse prioritário do Governador.

Estágio atual da independência da instituição

Por essas breves considerações faz-se possível ter ideia do grande caminho percorrido pela Instituição, na busca de sua independência. Seu chefe obteve grande autonomia em relação ao Poder Executivo, pela garantia do mandato, mas também e principalmente por atos indicativos de sua independência. A nomeação e a carreira dos seus membros já não depende do chefe do Executivo. Houve indiscutível progresso no tocante a sua autonomia administrativa e financeira. Tem podido estruturar seu quadro de servidores, ganhou poderes de iniciativa legislativa.

E, sobretudo o Ministério Público é muito mais conhecido, cresceu também em prestígio e respeitabilidade, já havendo iniciativas de grupos da sociedade civil em defesa da conservação e ampliação de suas prerrogativas, fenômeno bastante recente e indicativo de sua aceitação social.

Obstáculos atuais e potenciais à independência do Ministério Público, externos à instituição

Persistem, porém, constrangimentos e ameaças à independência da Instituição. Novos passos precisam ser dados para superá-los.

Assim, por exemplo, pende controvérsia sobre os poderes de investigação penal do Ministério Público. A Polícia Civil obviamente e por óbvios motivos o contesta fortemente. Conta, porém, com prestigioso apoio de Magistrados, juristas e advogados, a partir da premissa de que assim a Constituição Federal regula a matéria.

Ora, conquanto a titularidade exclusiva da ação penal pública constitua marca da independência institucional, sua força fica afetada se a formação da prova for entregue com exclusividade à Polícia Judiciária; posto que também esta haja conseguido apreciável acréscimo de autonomia, seu comando cabe ao chefe do Poder Executivo, o que constitui inegável obstáculo à correta e cabal apuração de crimes dos quais seus integrantes de maior hierarquia sejam suspeitos.

Evidência da inocuidade da titularidade exclusiva da ação penal pública é, por exemplo, a irrisória repressão à tortura, prejudicada a apuração de denúncias por arraigado corporativismo policial, ainda que para isso também contribua a conivência de largos setores do Judiciário e do Ministério Público.

Sempre que a suspeita da prática de crimes recaia sobre figuras poderosas no campo político e econômico ou sobre integrantes do próprio aparelho policial, a investigação supletiva pelo Ministério Público se mostra imprescindível. Esses argumentos, contudo, não sensibilizam os poderosos opositores da investigação criminal pelo *parquet,* que brandem a perda de sua indispensável isenção na análise de provas que embasarão a propositura de processos como mal a evitar, além de apontar para a disciplina constitucional da matéria, que não favoreceria o ponto de vista aqui exposto.

Está em vias de se consumar na jurisprudência forte diminuição do âmbito de incidência da Lei de Improbidade Administrativa, que não mais abrangeria os titulares de cargos eletivos, os quais se sujeitariam somente às regras dos crimes de responsabilidade. Amesquinhar-se-ia, assim, a alta missão institucional de velar pelo patrimônio público, e, portanto, pela

própria legalidade democrática, pois tal implicará seguramente a quase plena restauração da impunidade nesse campo.

E a vedação da investigação penal pelo Ministério Público assim como a forte diminuição da órbita de incidência da legislação de improbidade repercutirá se não na independência indiscutivelmente na relevância do Poder Judiciário. Este se caracteriza pela inércia, pois sua isenção requer não proceda de ofício. Se se amputar a iniciativa do Ministério Público no campo criminal e da improbidade administrativa, questões da mais alta relevância deixarão de ser levadas à apreciação do Poder Judiciário.

O Desembargador aposentado Geraldo Amaral Arruda relembra que em seus tempos de Juiz de Direito não raro lamentava a omissão do Ministério Público na apuração de graves infrações penais, pois frustrava seu exame pelo Poder Judiciário. No entanto assistia com espanto às atuais manifestações contrárias ao exercício dessa relevante função pelo *parquet.* Essa opinião, porém, tem encontrado forte contestação, inclusive no seio do Judiciário.

Constitui entendimento largamente majoritário dentre os integrantes da Instituição deverem eleger diretamente seu chefe, como passo importante para a sua independência. O atual sistema, pelo qual o Governador do Estado, podendo escolher o Procurador- Geral numa lista tríplice, não se vincula a respeitar a vontade da maioria dos membros da classe, implica redução da independência da Instituição.

Tenho dúvidas quanto a essa posição. A Procuradora de Justiça Valderez Deusdedit Abbud pondera, a meu juízo com razão, que o eleitor, ao escolher os integrantes do Executivo e do Legislativo, indica quem o representará e que deverá desenvolver sua atividade em benefício dele. Já ao Procurador-Geral não cabe desempenhar seu mister com vistas a atender aos interesses dos Procuradores e Promotores de Justiça, mas sim em bem da sociedade, da qual aqueles não são os representantes.

Relembro queixas do saudoso Ministro Evandro Lins e Silva, em palestra na Associação dos Juízes para a Democracia, contra o atual sistema, que confere a todos os integrantes da classe o poder de formar a lista tríplice para a escolha do Procurador-Geral.

Parece induvidoso, porém, que o sistema de escolha do chefe da Instituição nos Estados deva ser estendido ao Ministério Público da União.

E não se deve deixar de lembrar, nesta matéria, que a eleição do chefe do *parquet* pela própria classe colocá-lo-ia em posição superior à do Judiciário, porquanto os órgãos de cúpula deste são formados mediante nomeação do Presidente da República, após aprovação pelo Senado (como raramente aquele deixa de ter confortável e dócil maioria neste, de fato é quem compõe essas altas cortes).

Obstáculos internos do Ministério Público a sua independência

Não são apenas exteriores à Instituição os óbices ao exercício independente de sua atividade. Na concretização desta observam-se deficiências inegavelmente gritantes, comprometedoras da eficácia de sua atuação. E o comprometimento do eficaz desempenho da atividade do Ministério Público pode redundar em redução de sua independência, que se revelaria inócua por não concretizada.

Tome-se o exemplo da questão fundiária. As demandas envolvendo conflitos pela posse da terra, ocupação ou invasão destas, já pela sua natureza e também pela qualidade da parte hipossuficiente – quase sempre um pária social, evidentemente requerem a intervenção do Ministério Público, ante o disposto no Art. 82, inciso III, do Código de Processo Civil, justamente apontado como um dos passos mais importantes no acréscimo de relevância da Instituição. No entanto foi preciso modificar essa lei, determinando expressamente a intervenção do Ministério Público, para que esta se efetivasse. Para que, então, a norma de encerramento, abrindo caminho ao ingresso do Ministério Público no processo, se há necessidade de ampliar indefinidamente o rol de suas hipóteses de intervenção a fim de que esta se efetive?

De outro lado, tem havido a tendência de ampliar desmesuradamente a órbita de incidência da Lei de Improbidade Administrativa, praticamente se enquadrando qualquer ilegalidade em suas previsões hipotéticas, fazendo ilegalidade sinônimo de improbidade, arrastando para a barra dos tribunais pessoas de ilibada reputação. Com isso se leva água ao moinho dos adversários da independência do Ministério Público, brandindo precedentes de exercício abusivo de prerrogativas deste.

O mais sério, porém, é que a Instituição não tem sabido ordenar suas atividades em planejamento estratégico que lhe permita dar boa vazão para demandas sociais. A legislação estruturadora da Instituição nos Estados prevê os planos de atuação, por meio dos quais Promotores de Justiça buscariam captar reclamos da população, a partir daí definindo prioridades para sua atuação em todos os seus campos de iniciativa. Talvez a consagração legislativa desse sistema haja sido prematura, antes de a experiência haver indicado caminhos se não melhores, mais viáveis. A consequência tem sido a quase absoluta ineficácia desses planos, anualmente elaborados, sem quase nenhuma influência, contudo, na atuação dos membros da Instituição. E com o resultado de dispersar a atividade desta, deixada ao sabor de iniciativas individuais, sem vincular, se não a totalidade, um grande número de seus componentes.

Essa situação quase que totalmente inviabiliza a fiscalização da atuação de Procuradores e de Promotores de Justiça – fenômeno não exclusivo do Ministério Público, nem por isso menos indesejável. Se não há prioridades claras a perseguir, não se sabe que resultados conferir, não há como exigir realização de metas na atuação da cada um dos seus integrantes.

Falta também reflexão mais profícua sobre a identidade do Ministério Público. Isto seria assunto para vários trabalhos na extensão deste. Aqui se aponta apenas para o fenômeno de Promotores e especialmente Procuradores de Justiça mirarem-se muito mais no exercício da judicatura que da advocacia, embora o Ministério Público seja o advogado da sociedade, caracterizando-se, pois, pelo espírito de iniciativa. O Procurador de Justiça é pouco mais que um consultor jurídico dos tribunais, tanto que a peça que produz se denomina parecer.

Não há, se não rara e pontualmente, harmonização da atuação de Promotores e Procuradores de Justiça, muito menos entre Ministério Público dos Estados e da União. As grandes questões, porém, decidem-se nos tribunais superiores, reservando-se, contudo, a combatividade dos representantes do *parquet* à 1ª Instância, não chegando sequer às cortes de 2º Grau. A partir destas, quase somente os poderosos réus marcam presença efetiva enquanto o Ministério Público raramente vai além de apresentar as peças previstas na lei.

Com o passar do tempo, persistindo essa situação, as inegáveis esperanças da sociedade na atuação do Ministério Público frustrar-se-ão. Daí advirá seu descrédito e o preconício de se criarem outras instituições, para realizar o que o *parquet* não foi capaz de fazer.

Há algumas décadas, o prestígio dos Magistrados era muito maior, não vem ao caso examinar por que, neste momento. A demora na solução dos feitos, a impunidade, acabaram afetando fortemente o conceito do Poder Judiciário, hoje, sujeito a fortes críticas, não raro justificadas. Sem dúvida, porém, estava impossibilitado de se pronunciar sobre temas de alta relevância por não haver um Ministério Público forte e independente.

O Ministério Público indubitavelmente caminhou muito na direção de seu fortalecimento e de sua independência. Ganhou muito prestígio, graças quase sempre ao desempenho individual de seus integrantes, felizmente em bom número.

A conservação e o aumento do prestígio do Ministério Público dependerá, porém, dos resultados que puder mostrar. Deixando de sanar suas deficiências maiores – e seu malogro na repressão à tortura e à corrupção eleitoral, aos grupos de extermínio de delinquentes e dos que lutam pela terra, bem as exemplificam – comprometerá o êxito de sua atividade e sua respeitabilidade poderá declinar. Questionar-se-á se sua atuação é realmente independente e, sobretudo eficaz; para que servirá sua independência, posta na lei, se sua atividade não se mostrar proficiente?

Faz-se urgente e necessária aprofundada reflexão sobre o Ministério Público, notadamente sobre sua identidade, para adequá-lo ao mandato constitucional obtido em 1988, a se realizar dentro e fora dele. Tal mandato foi afanosamente buscado pelas lideranças da Instituição quando se elaborou a atual Constituição da República. Acenando com a debilidade da sociedade civil e de seus grupos e entidades, a Instituição chamou a si a tutela dos grandes interesses sociais, arrostando e vencendo obstáculos nesse caminho. Precisa fazer jus a todas as suas conquistas.

A Instituição reivindicou e obteve posição destacada no ordenamento jurídico brasileiro. Alcançou perfil constitucional sem par no concerto internacional. Responsabilizou-se, sobretudo pela guarda da legalidade democrática. Precisa, portanto, ser bem sucedida em seu desempenho, porque deste depende em parte apreciável a consolidação da ordem

democrática no País. E quem viveu nos tristes tempos de ausência do Estado de Direito, bem sabe o que isso significa.

Explicação final

Quantos conhecem melhor a trajetória do Ministério Público no País e no Estado observarão muitas falhas, omissões e imprecisões nestas linhas. Já não fora pelas limitações do autor, a premência do tempo, impossibilitando meditação mais aprofundada e pesquisa de textos, concorreu ainda mais para isso. Esta publicação, porém, tem por escopo marcar realçadamente os 25 anos do Movimento do Ministério Público Democrático. E esta entidade deu contribuição importante na história da nossa Instituição, sobretudo neste Estado.

Se estas ideias, mesmo desalinhavadamente expostas, levaram alguém a meditar sobre os caminhos e descaminhos do Ministério Público no Brasil, suas virtudes e seus defeitos, valerá a pena tê-las apresentado.

PROPORCIONALIDADE NO DIREITO AMBIENTAL

Beatriz Lopes de Oliveira
Promotora de Justiça em Guararema, mestranda em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC, e atualmente é diretora-segunda-secretária do Movimento do Ministério Público Democrático – MPD

A preocupação com o meio ambiente surgiu, inicialmente, nos sistemas jurídicos de cunho democrático com forte configuração liberal e nos quais a intervenção do Estado na economia e na vida privada sempre foram vistas como exceção. Em tal modelo de Estado, os grandes causadores dos maiores desequilíbrios ambientais foram empresas privadas, que nos séculos anteriores se viam movidas pela busca de lucratividade imediata, não possuindo qualquer tipo de preocupação com os danos futuros à sociedade, causados, em referida época, por pequenos danos ao meio ambiente.

É certo que tais danos, a princípio considerados de pequena monta frente à exuberância ambiental outrora existente, não causavam maior preocupação já que se mostrarem suportáveis frente a uma sociedade sedenta de desenvolvimento industrial. Ocorre que tais danos foram paulatinamente se somando a outros, de forma que com o decorrer do tempo, acabaram por se tornar uma ameaça real e direta à sociedade.[1]

Assim, a crescente preocupação nacional e mundial em proteger o meio ambiente, que atualmente se vê ameaçado por catástrofes de dimensões gigantescas, especialmente para a vida humana, demonstrou que o modelo liberal da plenitude e privilégio da iniciativa privada, principalmente no que tange ao desenvolvimento industrial, não poderia

[1] Como bem ressalta Luis Roberto Gomes, em excelente artigo que envolve o tema dos princípios constitucionais de proteção ao meio ambiente, a percepção que o planeta é finito ficou exposta com chocante simplicidade a partir do momento em que o homem, pela primeira vez, pôde ver com seus próprios olhos as fotografias tiradas do espaço. Não haverá florestas nem petróleo, nem minérios para sempre, assim como não será possível continuar entupindo indefinidamente com monóxido de carbono, através da queima desses mesmos recursos, a camada atmosférica. A humanidade, hoje, sabe disso. Com a paz ao alcance da mão, a preservação da natureza passou a ser a causa mais empolgante nos últimos vinte anos. (*Princípios Constitucionais de Proteção ao Meio Ambiente*. Revista de Direito Ambiental, 16º vol. São Paulo: RT, p. 165-189).

mais ser admitido, tendo-se observado, recentemente, que na maioria dos Estados de economia liberal, vem se introduzindo um modelo de crescente regulamentação do Estado, em todos os campos da vida em sociedade.[2]

Interessante destacar que as primeiras leis de proteção ao meio ambiente com vocação intervencionista emergiram, por incrível que pareça, nos Estados de economia de mercado, porquanto sua proteção resulta da tomada de consciência de uma sociedade democrática, na qual o cidadão pode controlar a aplicação das leis que ele mesmo cria. Verifica-se, por consequência, que a hodierno organização jurídica fundamental do Estado Democrático de Direito passou a consagrar constitucionalmente a tutela ao meio ambiente, passando a prever em suas leis fundamentais inúmeros *princípios* de proteção ambiental.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira em nosso sistema a tratar deliberadamente da questão ambiental, sendo no dizer de José Afonso da Silva, uma "constituição eminentemente ambientalista", assumindo o tratamento da matéria em termos amplos e modernos.[3]

De fato, a Carta Magna atual definiu o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos, dando-lhe natureza de bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo para as presentes e futuras gerações.[4] Fazendo com que o equilíbrio do meio ambiente, bem como a proteção à biodiversidade, indispensáveis à manutenção do patrimônio ambiental, passassem a figurar no ápice do ordenamento jurídico nacional, passando a constituir direitos assegurados constitucionalmente.

Nesse passo, destaca-se a obrigação constitucionalmente imposta ao Poder Público de preservar o meio ambiente, devendo tal incumbência ser exercida nas três esferas do Poder Estatal. Assim, o preceito constitucional ditado no artigo 225 da Constituição Federal impõe aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário a tutela da preservação e proteção ao meio ambiente.

[2] Guido Fernando Silva Soares. *A Proteção Internacional do Meio Ambiente*. Barueri: Martole, 2003, p. 170.
[3] *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 46.
[4] Constituição Federal de 1988, artigo 225, *caput*.

Na consecução do dever constitucional de proteção ao meio ambiente imposto a cada um dos Poderes constitucionalmente instituídos, se mostra inerente ao controle recíproco entre os órgãos que compõem o Estado, não obstante a separação entre os poderes tenha sido erigida ao *status* de cláusula pétrea constitucional. Tal ocorre, no dizer de Luis Roberto Gomes, em virtude da

> necessidade de imprimir, democraticamente, visibilidade, transparência, moralidade e eficiência à atividade daqueles que exercem o poder político estatal, cujo titular é o povo.[5]

No que é pertinente ao controle jurisdicional da Administração em matéria ambiental, hoje em muito alargado pelo advento da lei de ação civil pública, certo é que se apresenta dotado de peculiaridades em virtude da natureza meta-individual de tal interesse, que resta por vezes identificado com o interesse público ou geral.

De fato, no exercício da jurisdição a respeito de interesses catalogados como transindividuais, o Judiciário passou a fazer apreciação direta do interesse público que antes não lhe era permitido realizar no sistema tradicional, já que no âmbito deste, ocupava-se tradicionalmente de conflitos individuais.[6]

Com razão, na acepção clássica, o cidadão individualmente considerado não possui legitimidade para promover a interdição da comercialização de determinado produto nocivo ao meio ambiente, de forma que sua esfera de atuação limitava-se à possibilidade de postular perdas e danos, caso sofresse dano em sua propriedade ou a sua saúde. Assim, o interesse público na interdição somente poderia ser buscado e tutelado judicialmente por meio do legislador ou pela própria Administração, no exercício do poder de polícia. Porém, se a Administração

[5] O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa. São Paulo: Forense Universitária, 2003, p. 63.
[6] Como bem destaca Paulo Gustavo Guedes Fortes, "num sistema que predomine o processo civil clássico, como era o nosso antes do advento da ação popular e, vinte anos depois, da ação civil pública, a proteção do interesse público e a sua implementação cabem precipuamente aos Poderes Executivo e Legislativo (...). Não é dizer que, nesse quadro, o papel do juiz não se reveste de interesse público, mas este é um produto indireto da solução dos litígios individuais" *(A ação civil pública e o princípio da separação entre os poderes: estudo analítico de suas possibilidades e limites. In* "A Ação Civil Pública Após 20 Anos: efetividade e desafios". São Paulo: RT, 2005, p. 472).

não atuasse eficazmente ou simplesmente se quedasse inerte, ou, então, se a Administração anuísse à comercialização do produto nocivo ao meio ambiente?

Por tal razão é que a ação civil pública trouxe a possibilidade do Poder Judiciário analisar o interesse público não mais sob uma ótica indireta, e sim de forma imediata, exercendo verdadeiro controle sobre a atividade administrativa, sem olvidar que tal judicialização da atividade administrativa tem provocado cada vez mais descontentamentos, gerando questionamentos a respeito dos limites da intervenção judicial, ante a *discricionariedade administrativa.*

Aliado a esse alargamento do controle da atividade administrativa, é certo que as questões ambientais, diante de seu caráter meta-individual, normalmente se mostram ligadas a situações de fato, apresentando-se das mais variadas formas, exigindo variada gama de soluções. Como o legislador não pode prever todas as situações que gerariam controvérsia a respeito de tal categoria de interesses, a via judicial se mostra como a mais adequada para sua tutela, sendo imprescindível que se conceda ao juiz, nesse aspecto, maior margem de liberdade na aplicação dos princípios jurídicos às situações concretas.

Destaque-se, ainda, a *conflituositá massima* inerente aos interesses metaindividuais, traduzida na facilidade com que se contrapõem uns aos outros no caso concreto, bem como a outros interesses individuais, de igual importância, gerando, por consequência, verdadeira colisão entre os princípios constitucionais que tutelam bens jurídicos igualmente relevantes.

Realmente, comum é a hipótese em que o administrador, no exercício de sua atividade típica, acaba por violar determinado princípio protetivo de interesse difuso ou individual, com o fim de resguardar outro interesse igualmente relevante, trazendo ao Poder Judiciário, no exercício de controle da atividade administrativa, a necessidade de solucionar verdadeira colisão de princípios constitucionais.

Cite-se, *v.g.*, a hipótese em que o administrador concede autorização para a instalação de um condomínio habitacional em área de proteção ambiental, com vistas a promover o assentamento de determinada comunidade. Há, sem dúvida alguma, dois princípios constitucionais que tutelam bens juridicamente relevantes e que se mostram em colisão no caso

concreto, quais sejam, o princípio constitucional da *proteção ao meio ambiente* e o princípio constitucional da *dignidade da pessoa humana, na acepção da moradia.*

Tais situações, decorrentes da conflituosidade inerente aos interesses meta-individuais, desafiam o Poder Judiciário a solucionar certa colisão de princípios quando do exercício de controle de referidos atos administrativos. De fato, determinar qual princípio constitucional deve preponderar no caso específico, e por consequência, qual bem jurídico será mais relevante no caso concreto é tarefa árdua, que exige do aplicador do direito a utilização de parâmetros seguros. Como decidir o que é mais importante no caso concreto: o meio ambiente ou a moradia e dignidade da pessoa humana? Como saber se o administrador agiu com de acordo com a finalidade da lei, já que a própria norma prevê a proteção ao meio ambiente e também o direito constitucional à moradia e a dignidade da pessoa humana?

Desta feita, a conflituosidade inerente aos direitos e interesses difusos, que reivindicam princípios constitucionalmente estabelecidos, levará o Poder Judiciário a exercer, no controle da atividade administrativa, verdadeira ponderação dos interesses em jogo que se mostram contrapostos no caso concreto.

Tal ocorre porque os *princípios jurídicos,* como categoria de normas que buscam otimizar os valores que os homens desejam ver implementados, têm sua hipótese de incidência não em uma situação, mas sim em um valor importante à sociedade.[7]

Conforme preleciona Robert Alexy, lembrado por Luís Virgílio Afonso da Silva, ao contrário das regras, os princípios determinam que algo que seja realizado na maior medida possível, admitindo aplicação mais ou

[7] Com efeito, como pontificam Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Bercellos, "princípios contém relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema *tudo ou nada,* mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato" *(A Nova Interpretação Constitucional dos Princípios,* "Dos Princípios Constitucionais", Org. George Salomão Leite. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 110).

menos ampla de acordo com as possibilidades físicas e jurídicas existentes. Enquanto as regras expressariam deveres definitivos e são aplicadas por meio do processo de subsunção, os princípios expressam deveres *prima facie,* cujo conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento com princípios colidentes. Desta forma, princípios são "normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas", sendo, portanto, *mandamentos de otimização.*[8]

Logo, a solução para a colisão entre princípios sempre será variável, dependendo das situações fáticas e legais, porquanto o julgador deverá fazer uma *ponderação do peso* ou da importância que eles possuem quando se mostrem em conflito no caso concreto, estabelecendo se um precede o outro ou se um cede ao outro.

De fato, nos casos de colisão entre os princípios, não se pode afirmar que um deles terá primazia absoluta sobre o segundo, porquanto isso implicaria uma ordem *hierárquica dura e abstrata* entre princípios, isto é, uma *relação de precedência absoluta,* o que não se mostra possível, porquanto os princípios constitucionais em abstrato têm idêntica hierarquia e igual peso. De outra parte, nos casos concretos os princípios têm diferentes pesos, prevalecendo aquele que o tiver em maior grau, de modo que a *precedência* ou preferência de um dos princípios deriva da consideração das *condições* do caso concreto.

A ponderação reside justamente em identificar e valorar as condições sob as quais, *in concreto,* um princípio precede outro, e fundamentar por que, sob essas condições específicas, um princípio deve prevalecer sobre o outro. Importa, assim, estabelecer critério seguro que permita ao julgador escolher o princípio que deverá prevalecer naquele caso concreto. Esse exercício de *ponderação* é regido pelo *princípio da proporcionalidade.*

Deveras, a ideia de proporcionalidade, calcada já na máxima aristotélica de que a virtude está no justo meio,[9] transplantada ao campo do

[8] *O proporcional e o razoável,* RT, vol. 798, p.25. O autor ressalta, ainda, que como alternativa ao termo "mandamento de otimização", pode ser utilizado "dever de otimização", como faz Humberto Bergmann Ávila ou "mandado de otimização", como usado por Suzana de Toledo Barros.

[9] No entendimento aristotélico, assim como a saúde do corpo é determinada pelo equilíbrio fisiológico dos seus componentes, a virtude consiste na disposição em escolher o justo meio.

direito, carrega consigo a ideia de justiça distributiva, consistente em dar a cada um aquilo que é seu, na medida de sua necessidade e esforço. Surgido inicialmente, no *direito administrativo,* caracterizado pelo fortalecimento da proteção das esferas jurídicas individuais mediante o reconhecimento constitucional dos direitos que limitam o exercício do poder policial,[10] com base na figura francesa do direito administrativo francês de *détournement de pouvoir,* passou a ser entendido como o princípio da proibição de excesso, tendo inicialmente campo de atuação restrita ao Poder Executivo, representante do Estado-Administração.

Assim, pode-se afirmar que o princípio da proporcionalidade passou a ser entendido como juízo de ponderação de bens jurídicos em conflito com o poder de império do Estado, ou como "mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental em situação de conflito com outro, na medida do jurídico e faticamente possível", no dizer de Willis Santiago Guerra Filho.[11]

Constitui, portanto, método para avaliar a constitucionalidade da restrição de um direito fundamental, para alcançar determinado fim tido como proveitoso para toda a coletividade, constituindo "variável normativa relevante para o controle ou exame da constitucionalidade das restrições resultantes de atos normativos ou fáticos estatais (legislativos, judiciais ou administrativos)", na concepção de Luis Roberto Barroso.[12]

Daí a ideia de que funciona como *restrição das restrições (limite dos limites)* feitas a direitos fundamentais e/ ou bens constitucionalmente

Essa capacidade, que se adquire e se desenvolve pelo exercício, exclui sistematicamente os contrapostos vícios do excesso e da escassez, realizando uma mediação sob o controle da razão *(Antologia Ilustrada de Filosofia.* Ubaldo Nicola. São Paulo: Globo. 2005, p. 97).

[10] Conforme nos ensina Agustín Gordillo, "a decisão 'discricionária' do funcionário será legítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é 'irrazoável', o que pode ocorrer, principalmente, quando: a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam ou; b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou se funde em fatos ou provas inexistentes; ou c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se quer alcançar", *apud* Carlos Roberto Barroso, *ob. cit.,* p. 224.

[11] Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. RT 798, p. 269.

[12] Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2001, 4ª ed.

protegidos, no âmbito das relações entre indivíduo(s) e Estado, conforme define Wilson Steinmetz.[13]

Desta forma, podemos definir o mecanismo de *ponderação* como o procedimento racional de identificar e valorar as condições sob as quais, *in concreto,* um princípio precede outro, e fundamentar por que, sob essas condições específicas, um princípio deve prevalecer sobre o outro. A ponderação de bens está estruturada no *princípio da proporcionalidade,* que determina que a relação entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser *adequada, necessária* e *proporcional (em sentido estrito).*

A primeira das sub-regras da proporcionalidade é a *adequação,* pela qual deve-se verificar no caso concreto se a decisão normativa restritiva, isto é, se o meio ou ato que restringe o direito fundamental, oportuniza o alcance da finalidade perseguida. O meio (decisão normativa restritiva) será adequado a limitar um direito fundamental quando se mostre apto a alcançar o resultado pretendido ou, ao menos, a fomentá-lo. Não se trata de escolher o meio, mas tão somente verificar se a escolha feita pelo administrador se liga logicamente e de forma apropriada ao fim almejado.

Na sub-regra da *necessidade,* deve-se examinar se dentre os meios de restrição disponíveis e igualmente eficazes para atingir o fim pretendido, foi escolhido aquele menos gravoso ao direito fundamental em questão. O meio será considerado necessário para limitar um direito fundamental, quando a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.

Por fim, pela sub-regra da *proporcionalidade em sentido estrito,* os meios eleitos a restringir o direito fundamental devem se manter em uma relação razoável com o resultado perseguido. Consiste, assim, no sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental

[13] Para Wilson Steinmetz é possível a aplicação do princípio da proporcionalidade não só nas relações entre os indivíduos e o Estado, mas também nas relações de autonomia privada, porquanto nas relações entre particulares pode-se materializar restrições a direitos fundamentais. Logo, quando restritivos de direitos subjetivos constitucionais poderiam estar sujeitos ao exame da proporcionalidade *(Princípio da Proporcionalidade e Atos da Autonomia Privada.* "Interpretação Constitucional", Org. Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2005).

atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e se fundamenta a adoção da medida restritiva.

Deve-se levar em conta as vantagens e desvantagens que o ato normativo poderá provocar quanto aos valores tutelados pelo ordenamento jurídico, de forma que o julgador deve escolher qual valor que irá prevalecer no caso concreto. Se a importância da realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional. Trata-se, assim, do exame de equilíbrio ou da "justa medida" entre a restrição (o meio) e a finalidade pretendida.

Destaque-se, mais uma vez, que o critério de seletividade aplicável na metódica da ponderação, a fim de especificar quais os pontos de referência que devem distinguir qual o princípio prevalecido em face do princípio afastado, é o critério denominado de *peso.*

Com efeito, conforme prelecionam Luis Roberto Barroso e Ana Paulo de Barcellos, "deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entra a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação".[14]

Como bem menciona Luis Afonso Heck, "quando dois princípios colidem, o princípio de peso relativamente maior decide, sem que o princípio de peso relativamente menor, por isso, se torne inválido. Em uma outra constelação de casos, os pesos poderiam ser distribuídos inversamente".[15]

Já no dizer de George Salomão, quando se fala em colisão de princípios, a decisão por um deles não tem o condão de eliminar o outro. Pelo contrário, é dever do aplicador auferir a máxima efetividade dos princípios em questão (daí porque serem *mandamentos de otimização),* de modo a restringir apenas o estritamente necessário para salvaguardar um bem jurídico que, no caso específico, carece de maior proteção. Porém,

[14] *Ob. cit*., p. 113.
[15] *Regras e Princípios Jurídicos no pensamento de Robert Alexy.* "Dos Princípios Constitucionais". Org. George Salomão Leite. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 58.

mesmo o princípio que foi afastado naquela situação específica continuará vigente e operante e com toda sua força normativa, vinculando condutas positiva e negativamente. Assim, mudadas as circunstâncias do caso concreto e estando os mesmos princípios envolvidos no conflito, aquele que teve que ser afastado no outro caso poderá prevalecer nessa nova situação, porque houve alteração nos elementos constitutivos do caso concreto.[16]

Peso, portanto, equivale a *razões suficientes.* Logo, a *precedência* ou preferência de um dos princípios deriva da consideração das *condições* do caso concreto. A racionalidade que informa a adoção desse critério é teleológica e conjuntural, sendo apontada pelo contexto específico do caso, não se socorrendo de regras superiores ou de forma do sistema, pois não existem *meta-normas* de estruturação hierárquica fixando *a priori,* qual princípio deverá prevalecer no caso de colisão.

Daí se falar em *relação de precedência condicionada,* isto é, tomar em conta o caso concreto e indicar as condições sob as quais um princípio preponderará sobre o outro.

Alexy assevera que, se não é possível estabelecer um sistema abstrato de precedências entre princípios, é possível estabelecer condições (gerais) de precedência *prima facie,* com o objetivo de criar uma certa ordem – uma "ordem fraca" – no campo dos princípios. Segundo o autor, as precedências *prima facie* não contêm determinações definitivas em favor de um princípio muito embora estabeleçam um ônus de argumentação para a precedência do outro princípio no caso concreto.

No campo do direito ambiental, a necessidade de proporcionalidade, e por consequência, de ponderação, vem recebendo cada vez mais importância, notadamente em virtude do princípio do *desenvolvimento sustentável,* traduzido, na lição de José Adércio Leite Sampaio, como o necessário uso racional e equilibrado dos recursos naturais, de forma a atender às necessidades das gerações presentes, sem prejudicar o seu emprego pelas gerações futuras.[17]

[16] *A Abertura da Constituição em face dos Princípios*. "Dos Princípios Constitucionais", Org. George Salomão. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 154.
[17] Princípios de Direito Ambiental na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 47.

Embora o princípio do meio ambiente como *direito humano fundamental* possua uma precedência *prima facie* sobre outros princípios constitucionais,[18] já que ligado ao bem jurídico maior, qual seja, a proteção da vida, conforme bem assevera Cuido Fernando Silva Soares, mesmo que se considere que a única forma de vida na face da Terra que merece consideração seja a *vida humana,* a inelutável inter-relação das várias formas de vida aponta para o abandono de uma antropologia unilateral, para uma antropologia solidária com respeito a *quaisquer formas de vida.*[19]

No dizer do autor, a proteção ao meio ambiente deve estar associada a todas as áreas do desenvolvimento pleno do homem, não se permitindo dissociar os aspectos preservacionistas do ambiente local ou global daqueles mais gerais, relativos às condições políticas, econômicas e culturais dos povos. Tal ideia realiza uma perfeita junção entre equilíbrio do meio ambiente e todos os aspectos da vida do homem em sociedade, inclusive sua dignidade e aspirações por uma vida sem privações. Representa o reconhecimento de que o homem também é um componente do meio ambiente, cuja preservação é manifestamente superior a quaisquer outras formas de vida na Terra.[20]

Conforme bem destaca Álvaro Luiz Valery Mirra, trata-se de situar a defesa do meio ambiente *no mesmo plano,* em importância, de outros valores econômicos e sociais protegidos pela ordem jurídica. Daí a necessidade de se buscar a conciliação de diversos valores igualmente

[18] Note-se que nos qualificativos fundamentais, como bem destaca José AFONSO DA SILVA, "acha-se a indicação de que se tratam de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem,* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do *homem,* não como macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana", *apud* Luis ROBERTO GOMES, *ob. cit.*

[19] *Ob. cit.* p. 174.

[20] Segundo o autor, a definição mais direta de desenvolvimento sustentável se encontra no Relatório de Bruntland, de 1991, da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, composta de altas personalidades mundiais para auxiliar a ONU em sua tarefa de preparar a Conferência do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento: o desenvolvimento que atende às necessidades do presente, sem comprometer a capacidade de as futuras gerações atenderem às próprias necessidades. Encontra-se expressamente consagrado nas duas Convenções adotadas durante a durante a Conferência da ONU, no Rio de Janeiro e em vários dispositivos da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. *A Proteção Internacional do Meio Ambiente.* Barueri: Manole, 2003, p. 77.

relevantes, como o exercício das atividades produtivas e do direito de propriedade; o crescimento econômico; a exploração dos recursos naturais; a garantia do pleno emprego; a preservação e a restauração dos ecossistemas e dos processos ecológicos essenciais; a utilização racional dos recursos naturais; o controle das atividades potencialmente poluidoras e a preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético dos países.[21]

Nesse diapasão, fartas serão as hipóteses de colisões entre os princípios de proteção ao meio ambiente e os demais princípios que tutelam outros direitos humanos, também ligados ao direito à vida, como a moradia (vida ligada à dignidade da pessoa humana), livre exercício do trabalho (vida no que tange à subsistência) e também a outros princípios, como o direito de reunião e direito de circulação (liberdade), além do direito de propriedade, direito de igualdade e direito ao desenvolvimento, já que em qualquer atividade na qual se encontre presente a criatividade humana há potenciais riscos de degradação ambiental.

Antonio Augusto Cançado Trindade enumera como possíveis colisões latentes entre os direitos humanos e as normas de proteção ambiental, as restrições aos direitos de livre circulação de pessoas, à livre escolha de residência e o direito à propriedade, ante normas de delimitação de áreas ou zonas protegidas, nas quais aqueles direitos são restringidos; as restrições ao direito ao trabalho, qualquer que seja ele, e o lugar da livre escolha da pessoa, diante de medidas de combate à poluição, como as proibições de assentamentos humanos nas cabeceiras dos rios fornecedores de água potável às cidades. As limitações aos direitos à igualdade jurídica, ante disparidades de medidas administrativas direcionadas ao meio ambiente, que poderão criar cidadãos com direitos distintos; as restrições à liberdade de associação, diante de medidas constritivas de combate à poluição; o direito a constituir uma família, ante medidas de controle da população e os direitos ao desenvolvimento e ao lazer, face as medidas de conservação da natureza.[22]

[21] *Ob. cit*., p.58.

[22] The contribution of international human rights law to environmental protection, with special reference to global environmental change. In: WEISS, Edith Brown (ed). Environmental change and international law: new challenges and dimensions. Toquio: United Nations University Press, Permanent Typesetting and Printing CO, Ltda, 1992, p.

Em tais casos, será preciso fazer uso da ponderação para buscar, no caso concreto, a melhor solução a ser aplicada com base nas situações jurídicas e fáticas, não se podendo estabelecer de antemão a proteção ambiental como princípio de primazia absoluta, embora como já destacado, possua primazia *prima facie* sobre outros princípios constitucionais, quando em situação de colisão.

Deveras, nem sempre a proteção do meio ambiente deverá prevalecer necessariamente, quando se mostre colidente com outros princípios protetivos de outros bens jurídicos relevantes. Em verdade, a afirmativa no sentido que o interesse na proteção do meio ambiente deverá, em razão de sua natureza pública, sempre prevalecer sobre quaisquer outros interesses, ainda que legítimos, constitui afirmativa perigosa, que não se coaduna com a ideia de Estado Democrático de Direito.

Desta forma, caberá ao operador do direito, promover o exercício de ponderação, com parcimônia, para compatibilizar não só a proteção do meio ambiente, dada sua importância para a humanidade nos tempos atuais, mas também resguardar outros interesses que possuem igual valor.

Em tais casos, muito embora haja a precedência *prima facie* do princípio de proteção ao meio ambiente como interesse coletivo, a fim de não ferir os ditames constitucionais e ocasionarmos inúmeras injustiças, somente por meio da ponderação é que com base nas situações jurídicas e fáticas do caso concreto, poderemos encontrar a solução mais justa.

311- 2. apud GUIDO FERNANDO SILVA SOARES. A Proteção Internacional do Meio Ambiente; Barueri: Manole, 2003, p. 174-175.

MPD E JORNALISTAS: UMA LUTA POR LUZ

Claudio Julio Tognolli
Jornalista, repórter especial da revista Consultor Jurídico e professor titular da ECA-USP.

A Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (Abraji) tem como uma de suas missões a aprovação de uma lei de acesso à informação pública no Brasil. É de interesse dos poderosos que documentos com informações de interesse público não cheguem ao cidadão pagador de impostos. E o MPD, marcando a tradição de defesa da cidadania (talvez a face mais insinuante do Parquet), tem lutado todos esses anos justamente para que o cidadão possa exercer seu acesso à cidadania. A luta do MPD não é diferente daquela dos jornalistas investigativos de todo Brasil: fazer com que a transparência seja uma característica brasileira. Talvez seja por isso que, nos primeiros meses de sua existência, o Governo Federal atual quis criar um conselho para regular jornalistas, da mesma forma que o ex-ministro José Dirceu quis limitar o poder de investigação do MP. Afinal, como notou o juiz da corte suprema dos EUA, Hugo Black, a luz do sol é o mais poderoso detergente da democracia.

O aumento da eficiência da administração pública, em qualquer nível, depende de uma série de mecanismos, acompanhamentos e controles. A própria estruturação do Estado em poderes independentes (Legislativo, Executivo, Judiciário) estabelece o arcabouço básico para esses controles. Na retaguarda está o mecanismo de acompanhamento fundamental, exercido pelo cidadão por meio do voto.

Nenhum acompanhamento ou controle pode dar-se na ausência de informação. Ninguém pode acompanhar o funcionamento do Legislativo municipal, por exemplo, sem ter acesso aos dados que derivam desse funcionamento. Como saber a taxa de comparecimento de vereadores às sessões da Câmara se as listas de presença não são tornadas públicas?

A informação é o combustível sem o qual nenhuma das peças do sistema de acompanhamento e controle consegue se mover. É por isso que o esforço por desenvolver gestões mais efetivas, mais eficientes, menos sujeitas a desvios – incluindo-se a corrupção -, confunde-se com o esforço de maximizar a oferta de informação sobre o Estado, e aperfeiçoar a

qualidade dessa informação. Essa é uma das razões de ser tanto da Transparência Brasil quanto da Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo, que representamos.

Nesse sentido, causou grande surpresa que, no final de 2003, a prefeita paulistana Marta Suplicy tenha vetado o projeto de lei promulgado pela Câmara Municipal de São Paulo que obrigava a prefeitura a publicar na internet e nas subprefeituras informações sobre o orçamento da cidade e sobre sua execução (ou seja, quanto se gastou e em quê).

O projeto, de autoria do vereador e economista Odilon Guedes (PT), buscava ampliar o acesso de analistas, jornalistas, formadores de opinião, etc. (daí a internet) e da população em geral (por meio da afixação de quadros nas sedes das subprefeituras) a informações fundamentais sobre como o Executivo municipal gerencia a vida da cidade.

Afirmava a prefeita que, ao obrigar o Executivo a publicar dados sobre seu desempenho, o Legislativo infringiria a independência entre poderes (daí a pretensa inconstitucionalidade). De acordo com a prefeita, caberia ao Executivo, e apenas a ele, dispor sobre como divulgar as informações sobre seu próprio desempenho. Claramente, trata-se de argumento falacioso, uma vez que não cabe à Prefeitura exercer o controle externo sobre si própria, mas à Câmara de Vereadores – conforme estipula o Art. 31 da Constituição.

O jornalista Fernando Rodrigues, um dos diretores da Abraji, revelou que não bastasse o Brasil não ter uma lei de direito de acesso a informações públicas, o Congresso se prepara agora para aprovar uma legislação que deve "tornar sigilosos todos os documentos públicos que envolvam planejamento e execução de operações policiais". É o projeto de lei 4.004, de 2001, mas que agora foi desencavado por causa da recente crise de segurança pública em São Paulo – o texto final ficou liberado em 28 de junho e pode ser votado a qualquer momento pela Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado da Câmara.

Diz Fernando Rodrigues que o relator do projeto é o deputado Moroni Torgan (PFL-CE). Ele é policial de formação e concorre em outubro a uma vaga ao Senado, com amplo e declarado apoio do PSDB, sobretudo do presidente nacional tucano, o empresário Tasso Jereissati (ele também um senador, mas pelo PSDB cearense). Segundo Rodrigues, "esse

projeto de lei é supostamente uma tentativa de garantir aos órgãos policiais estaduais o necessário resguardo em ações que requerem sigilo. Nada contra. O problema é quando começa a descrever de maneira vaga aquilo que pode ser mantido em sigilo. São passíveis de classificação como ultrassecretos, dentre outros, dados ou informações referentes à soberania e à integridade territorial nacionais, planos e operações militares ou de segurança pública, às relações internacionais do País, projetos de pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico de interesse da defesa nacional e programas econômicos, cujo conhecimento não autorizado possa acarretar dano excepcionalmente grave à segurança da sociedade e do Estado". Em resumo, qualquer coisa pode ser ultrassecreta.

Por essa definição, podem ficar classificadas como ultrassecretas, por exemplo, as circunstâncias em que foram mortas as dezenas de pessoas na recente crise de segurança pública em São Paulo, certo?

Para Rodrigues,

> eis o que significa quando um documento é classificado como ultrassecreto no texto substitutivo de Moroni Torgan, que acaba de ser apresentado: ficará guardado em total sigilo por 50 anos, podendo esse prazo ser renovado ao seu final. Isso mesmo: até 100 anos de sigilo. Quer mais? Se alguém tiver acesso acidental aos dados, aí dele ou dela se o divulgar.

Toda e qualquer pessoa que tome conhecimento de documento sigiloso, nos termos desta lei fica, automaticamente, responsável pela preservação do seu sigilo.

> Caso contrário, será punido nos termos da lei.

Foi em 16 de março passado que os deputados aprovaram a medida provisória (MP 228), que trata do acesso a documentos sigilosos do governo com uma alteração no texto remetido ao Congresso Nacional pelo Executivo. O relatório do deputado Sérgio Miranda (PC do B/ MG) permite que a Comissão de Averiguação e Análise de Informações Sigilosas, criada no âmbito da Casa Civil, estipule um prazo superior a 60 anos – prazo limite atualmente – para que documentos "no mais alto grau de sigilo" que ameacem "a soberania, a integridade territorial nacional ou as relações internacionais do país tenham o acesso vedado".

Na prática, a aprovação da MP deixa margem para que o governo mantenha sigilo de determinados documentos pelo tempo que achar conveniente.

O texto da medida provisória define ainda que qualquer pessoa que tiver interesse em estudar o documento sigiloso poderá recorrer à comissão para que reveja a ressalva. Nessa hipótese, a comissão poderá autorizar o acesso livre, acesso a partes do documento ou a permanência do sigilo.

O relatório do deputado definiu também que documentos públicos que contenham informações relacionadas à intimidade, vida privada, honra e imagens de pessoas que tenham o prazo de sigilo vencidos terão livre acesso por meio de certidão ou cópia, desde que retirada a parte polêmica do texto. A MP segue agora para o Senado.

Em 21 de novembro de 2004, dezoito entidades de vários setores da sociedade civil — de jornalistas, magistrados, procuradores, parentes de vítimas da ditadura, arquivistas, entre outros — lançaram nesta quinta-feira, 25 de novembro de 2004, o Fórum de Direito de Acesso a Informações Públicas. O lançamento ocorreu em solenidade na sede do Conselho Federal da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), em Brasília.

Além das entidades que constituem o fórum, estiveram presentes os deputados federais Fernando Gabeira (Sem partido/ RJ), João Herrmann (PDT/SP), Reginaldo Lopes (PT/ MG), Mendes Ribeiro Filho (PMDB/RS) e Luiz Carlos Hauly (PSDB-PR). Também compareceu o diretor geral do Arquivo Nacional, Jaime Antunes da Silva.

O objetivo da criação do Fórum de Direito de Acesso a Informações Públicas é unir esforços para que o debate sobre o tema seja mais presente na sociedade e no Congresso Nacional, onde vários projetos de lei tratam do assunto. Representantes das 18 entidades constituintes do Fórum assinaram uma Declaração de Objetivos e Princípios e passam a se reunir em uma lista de discussão na internet para coordenar seus esforços.

Reginaldo de Castro, ex-presidente da OAB e representando o presidente atual, Roberto Antonio Busato, abriram o encontro ressaltando a importância do tema na consolidação da democracia no país e lembrando que, apesar de previsto pela Constituição Federal de 1988, o direito de acesso a informações públicas nunca foi regulamentado. "Temos que

continuar essa obra inacabada, que é a democracia brasileira", disse, representando os advogados brasileiros no apoio à iniciativa.

Ao final do evento, Castro sugeriu que as entidades que constituem o Fórum de Direito de Acesso a Informações Públicas analisem a legislação existente e entrem com pedido de Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin) contra o decreto 4.553/2002 (que instituiu o sigilo eterno sobre determinados documentos públicos), e outros trechos da legislação brasileira contrários ao livre acesso à informação. Apenas entidades de classe, centrais de trabalhadores e partidos políticos podem questionar, junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), a constitucionalidade de leis e atos normativos federais e estaduais. Algumas das entidades constituintes do Fórum de Direito de Acesso à Informação atendem a essa exigência. Com a declaração de inconstitucionalidade dos textos legais contestados, seria aberto espaço para que novas iniciativas de legislação criem mecanismos para garantir o acesso dos cidadãos a informações públicas.

Para Fernando Rodrigues, que também é coordenador do Fórum de Direito de Acesso a Informações Públicas, "a ideia de mover uma Adin é bem-vinda e deve ser debatida por todas as entidades que constituem o fórum, que poderão apoiar a medida de maneira consensual". Para Rodrigues, também é necessário levar em conta que, além de derrubar o decreto do sigilo eterno, é também importante disseminar a relevância de uma cultura de acesso a informações públicas. "Será muito mais complexo o trabalho de conscientizar a população sobre a importância do direito de acesso e efetivamente garantir o acesso a documentos públicos a todo e qualquer cidadão", disse.

O deputado Reginaldo Lopes, autor de um projeto de lei que prevê o acesso a informações públicas, disse que a conquista de uma lei de acesso vai radicalizar a busca da transparência do Estado brasileiro. Mendes Ribeiro Filho, relator do projeto na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, afirmou que "informação sigilosa é redundância – se é sigilosa, não é informação". Segundo ele, alguns casos de documentos ultrassecretos que presenciou na condição de membro da Comissão de Assuntos Sigilosos eram ou incompreensíveis, ou injustificáveis para o sigilo.

Rebatendo declaração dada pelo secretário de Segurança Institucional, Jorge Armando Félix, em entrevista há duas semanas, o deputado João Herrmann disse que não quer ficar constrangido pela falta de

transparência. Félix afirmou que “não há nada bonito” nos arquivos da ditadura e que “Tem gente que naquela época estava na clandestinidade, tinha outra mulher e hoje está com a antiga. Se isso aparecer, você pode destruir uma família”.

Ana Miranda, representante do grupo Tortura Nunca Mais, lembrou que não apenas os documentos produzidos pelo Estado, mas os documentos de caráter público em poder do Estado devem ser abertos. Ela também defendeu que se enfatize a preservação dos documentos. Daise Apparecida Oliveira, do Fórum Nacional de Dirigentes de Arquivos Municipais, afirmou que qualquer iniciativa legal deve ser complementada por medidas locais. “Não adianta uma lei garantir o direito de acesso se, quando chega à prefeitura, o cidadão não puder encontrar o documento ou este estiver inacessível por falta de informação”, disse.

Nicolao Dino, presidente da Associação Nacional de Procuradores da República, aproveitou o mote do encontro para criticar a chamada “lei da mordaça”, que tramita no Congresso e que tiraria dos procuradores o direito de divulgar a imprensa resultados de suas investigações. “A lei da mordaça é uma espada de dâmocles sobre o direito à informação”.

Claudio Weber Abramo, secretário executivo da Transparência Brasil, propôs que se inste o Governo Federal a instalar um mecanismo como o conselho instituído no México, que supervisiona a implantação de medidas de acesso em todos os órgãos estatais. Jaime Antunes, do Arquivo Nacional, sugeriu que o arquivo deva ser a instância para implementar a política de abertura.

A decisão de criar o Fórum de Direito de Acesso a Informações Públicas foi tomada em 30 de setembro de 2003, em Brasília, ao final do Seminário Internacional sobre Direito de Acesso a Informações Públicas promovido pela Abraji.

Para Fernando Rodrigues, o Fórum representa a conjugação dos esforços que surgiram nos últimos anos a respeito da legislação que falta ao país para permitir o acesso a informações públicas. “É uma iniciativa pioneira porque coloca junto diversos setores da sociedade civil a favor de uma causa que vai beneficiar o país”, diz Rodrigues. Segundo ele, o Fórum de Direito de Acesso a Informações Públicas pretende tornar o assunto

conhecido e acompanhar, no Congresso Nacional, a tramitação de projetos de lei que se vinculam à matéria.

Leia abaixo a íntegra da declaração de objetivos e princípios: O Fórum de Direito de Acesso a Informações Públicas:

1) Promove e incentiva o debate sobre direito de acesso a informações públicas no Brasil – e sobre temas correlatos, como alterações na lei de arquivos públicos.
2) Atua sem conotação político-partidária nem fins lucrativos.
3) Defende uma lei que garanta e facilite o acesso do público no Brasil a documentos públicos produzidos pelos Três Poderes da República, bem como aos documentos de governos estaduais e municipais.
4) Desenvolve campanhas de divulgação a respeito da necessidade de uma lei de acesso a informações públicas no Brasil.
5) Defende que os governos, em todos os seus níveis, tenham a preocupação de corretamente arquivar qualquer documento público de forma a facilitar o seu acesso futuro, bem como de manter sistemas permanentes de gerenciamento e preservação desses documentos. Isso inclui também a unificação dos critérios de registros em cartórios e juntas comerciais de todo o país.
6) Desenvolve iniciativas voltadas para o tratamento, agregação e disseminação de informações em poder do Estado e sobre o Estado.

A decisão de criar o Fórum de Direito de Acesso a Informações Públicas foi tomada em 30 de setembro de 2003, em Brasília, ao final do Seminário Internacional sobre Direito de Acesso a Informações Públicas, promovido pela Abraji (Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo). O lançamento oficial ocorreu em Brasília, no dia 25 de novembro de 2004, na sede do Conselho Federal da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), quando assinaram como membros constituintes do fórum esta Declaração de Objetivos e Princípios as seguintes entidades:

- Abraji (Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo)
- Abrat (Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas)
- Abong (Associação Brasileira de Organizações Não governamentais)
- Ajufe (Associação dos Juízes Federais do Brasil)
- Alal (Associação Latino-Americana de Advogados Trabalhistas)

- Amarribo (Amigos Associados de Ribeirão Bonito)
- Anamatra (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho)
- ANJ (Associação Nacional dos Jornais)
- ANPR (Associação Nacional dos Procuradores da República)
- APJ (Associação Paulista de Jornais)
- Fenaj (Federação Nacional dos Jornalistas)
- Fórum Nacional de Dirigentes de Arquivos Municipais
- Grupo Tortura Nunca Mais – RJ
- Ibase (Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas)
- Inesc (Instituto de Estudos Socioeconômicos)

Ribeirão Preto já dispõe de um projeto de acesso, de autoria do vereador Beto Cangussu. Para ele "o projeto tem como objetivo dar efetividade ao princípio constitucional da publicidade dos atos da Administração Pública na cidade. Apesar de ser um preceito constitucional, na maioria das vezes, os administradores não facilitam o acesso às informações, criando uma série de entraves burocráticos. Isso não só em Ribeirão, mas em todos os lugares. Nas pesquisas realizadas para elaboração do projeto, tivemos como base a Legislação Estadual do Rio de Janeiro e a Legislação Municipal da cidade de São Paulo com adaptações próprias. No Brasil, como em qualquer lugar, tudo que diz respeito à administração pública é de interesse do povo e, portanto, deveria ser de conhecimento de todos. È dever do agente público prestar contas de seus atos. Quem não gosta de fazer isso não deveria nem entrar na vida pública. Somente através do conhecimento total dos atos administrativos é que conseguiremos eliminar as relações promíscuas existentes nos mais variados governos".

A maior autoridade latino-americana em leis de acesso é o jornalista Rosental Calmon Alves, que é professor da Universidade de Austin, no Texas. Eis os pontos levantados por Rosental:

Introdução:
Na ordem jurídica que herdamos, o Estado e o Governo estão no centro.
Na ordem jurídica anglo-saxônica, o indivíduo e a sociedade estão no centro.
Na ordem jurídica que herdamos, a autoridade tem privilégios/ proteção em relação à imprensa.

Na ordem jurídica que as democracias modernas constroem, a autoridade (a figura pública em geral) tem menos privilégios/ proteção que o cidadão comum em relação à imprensa.

Introdução:
Na ordem jurídico-administrativa que herdamos, a autoridade se exerce frequentemente em segredo, quase tudo nos governos é secreto, a começar pelos documentos oficiais. Na ordem jurídico-administrativa que avança rapidamente nas democracias modernas, a palavra de ordem é transparência – menos segredos, mais acesso a processos de decisão e documentos governamentais.

Rosental salienta o seguinte:
"Informação pública" geralmente se refere a toda a documentação em poder de funcionários públicos relativa a atividades oficiais: relatórios, regulamentos, gastos, processos decisórios e tudo mais que não esteja nas exceções legais.
Em geral, as exceções cobrem casos de segurança nacional, vida privada de funcionários, modus operandi de órgãos policiais ou de inteligência, segredos industriais ou financeiros e levantamentos geológicos ou geofísicos.

Introdução:
A garantia legal de acesso à informação pública é um seguro contra a corrupção e o mau uso da coisa pública.
A imprensa costuma estar a frente das campanhas por leis de acesso, mas acaba sendo a parte que menos a utiliza.
A lei se torna uma conquista da sociedade civil, pois qualquer pessoa passa a ter direito a conhecer/fiscalizar a administração pública.

Sobre a história do acesso, diz Rosental:
Conceito de direito de acesso à informação pública aparece na Lei de Liberdade de Imprensa da Suécia, em 1766.
Em 1949, o princípio do acesso à informação pública é adotado explicitamente pela constituição sueca.
A Finlândia é o segundo país a adotar esse princípio, em 1951.
Nos EUA, uma longa campanha iniciada em 1954 (caso da contaminação com testes nucleares no Pacífico Sul) leva a Freedom of Information Act (FOIA), em 1966.

Breve história:
A campanha pela FOIA nos EUA foi liderada por jornalistas e empresas jornalísticas, que se uniram a sindicatos e outros setores.
Seguem a Dinamarca e a Noruega, em 1970, e a França, em 1971.
Canadá, Nova Zelândia e Austrália adotaram em 1983.
Mas a Inglaterra, embora tenha alguns dispositivos de acesso, discute lei específica desde 1911 e após 11/09 deixou decisão para 2005.

FOIA
Em nenhum país o acesso à informação pública é tão amplamente usado quanto nos Estados Unidos.
A FOIA faz parte de um arsenal jurídico que garante um "governo aberto".
Johnson assinou a FOIA sem entusiasmo, em 4 de julho de 1966 (exclui Judiciário e Legislativo).
Por quase uma década a burocracia de Washington não deixou que a lei funcionasse. Os papéis do Pentágono e Watergate são decisivos para reverter a situação: emenda de 1974 amplia a FOIA, apesar do veto de Gerald Ford.

FOIA
Após a emenda de 1974, destaques da FOIA:
Órgãos federais devem publicar o máximo possível de informações sobre suas atividades. E devem responder prontamente a quem pedir,com base na FOIA, informações não publicadas.
O solicitante pode ser qualquer pessoa ou organização, até mesmo estrangeira.
O solicitante não precisa saber o nome do documento que procura; basta descrição sumária.

FOIA
Custos da cópia e/ou busca são pagos pelos solicitantes, mas devem ser públicos e razoáveis. A resposta à solicitação tem que ser em dez dias no primeiro pedido e 20 na apelação. As repartições federais têm 30 dias para responder ao tribunal no caso de recurso.
Na dúvida sobre isenção, o juiz federal deve ter acesso ao documento para decidir se o libera.
Cada repartição tem de informar o congresso sobre todos os documentos que se negou a liberar no ano e explicar os motivos em cada caso.

FOIA
Se o solicitante ganha um recurso, o governo paga o custo processual e de advogados. Os tribunais podem punir funcionários que maliciosamente ocultem informações solicitadas.
Isenção por segurança nacional se refere apenas a documentos previamente classificados "secretos".
O gabinete do Attorney General apresenta todo ano relatório ao congresso sobre uso da FOIA.
Ninguém precisa explicar o motivo do pedido.

FOIA
Em 1984, nova emenda amplia os direitos da CIA a negar acesso a certas informações. Em 1996, Clinton assina E-FOIA, adaptando a legislação à revolução tecnológica, principalmente as bases de dados eletrônicas.
Quando Johnson assinou a FOIA em 1966, o governo americano tinha 45 computadores...
...quando Clinton a emendou com a E-FOIA, tinha 2 milhões de computadores e a revolução da Internet tinha começado.

FOIA
E-FOIA exige a entrega de documentos arquivados em qualquer forma
Antes da E-FOIA, repartições se negavam a compartilhar informações eletronicamente ou a aceitar cruzamento de listas.
A repartição tem de se antecipar aos pedidos, colocando na Internet o máximo possível de dados em "salas virtuais de leitura".
Ministérios e grandes agências têm seus departamentos de FOIA e web sites especiais

FOIA
Repartições já aceitam pedidos através de formulários eletrônicos na Internet, em lugar da tradicional carta em papel.
As repartições passaram a ter que publicar (na Internet) informações liberadas através da FOIA
E-FOIA cria prioridades nas respostas:
Primeiro, casos de informações cujo atraso ameace vida de pessoas;
Segundo, pedidos de jornalistas e de outros que divulguem informações para o público.

FOIA
A Lei da Privacidade (1974) se sobrepõe a FOIA, ao proteger informações sobre pessoas específicas...
E dá acesso aos cidadãos a informações que o governo tenha sobre elas, com direito a exigir que sejam corrigidas.
Neste caso os estrangeiros não se beneficiam com este direito. Só cidadãos norte- americanos ou residentes permanentes.

FOIA
A FOIA é uma lei federal e só se refere a órgãos federais, mas foi seguida por milhares de leis específicas em Estados, condados e cidades.
A FOIA se insere na tradição das "Sunshine Laws", as leis que obrigaram a abrir reuniões de comissões e outros foros da administração pública que antes eram a portas fechadas (a Sunshine Law federal e de 1976).
Constantes ameaças as leis de acesso à informação pública resultam em associações locais e estaduais para defendê-las.
Sobre o Foia, esclarece Rosental:
Muitas repartições ainda fazem de tudo para resistir, não respeitam prazos (a CIA às vezes leva anos ou meses para responder).
Mas o uso e cada vez maior: estimavam-se os pedidos em 1991 em menos de 600.000... ...em 1999, foram 1.965.919...
...e em 2000 foram 2.235.201.

FOIA
Os inimigos da FOIA reclamam dos custos para administrá-la, mas os defensores acham barato: "um dólar por cidadão", diz o National Security Archive. Em 1999, custou 286.546.488 dólares e em 2000, 253.049.517 dólares.
"Mais baixo que o orçamento anual do Pentágono com a marchinha de bandas militares"

FOIA
Jornalistas estão entre as categorias que menos usam a FOIA.
Heritage Foundation (dez. 2001) estudou os requerimentos de informações com base na

FOIA:
5% são jornalistas;
40% empresas
25% advogados

16% são indivíduos que não se identificaram

FOIA
Depois dos ataques de 11 de setembro, FOIA virou alvo do governo Bush.
Memorando de Ashcroft enviado a todo o governo em outubro foi interpretado como uma advertência para mais rigor na aceitação de pedidos baseados na FOIA.
Depois disso, jornalistas reclamam que piorou muito a atitude dos funcionários em relação a qualquer requerimento baseado na FOIA.

Tendência mundial:
No inicio da década de 80, apenas uma dúzia de países tinha alguma lei de acesso à informação pública.
Hoje, segundo David Banisar (Harvard), mais de 40 países já adotaram este princípio legal e outros 30 têm projetos de lei pendentes.
Os ventos democráticos das últimas duas décadas levaram o conceito do acesso a informações públicas a todo o mundo.
Eis as tendências levantadas por Rosental Alves:
Organizações como FMI e Banco Mundial e ONGs incentivam a adoção de leis de acesso Na www.article19.org, por exemplo, há até um modelo de projeto de lei para ajudar países que queiram seguir esse caminho.
Esse direito já é visto em muitos países como indispensável para dar transparência a administração pública e aperfeiçoar a democracia.
Na América Latina, uma dúzia de países discute atualmente a necessidade de leis de acesso.

Tendência mundial
A Colômbia foi o primeiro da região a adotar na Constituição garantias de acesso a informação pública.
O conceito vem desde a Constituição de 1888.
Lei específica e de 1985.
Consta da Constituição de 1991.
Na Argentina, a cidade de Buenos Aires adotou uma lei específica em 1998, mas o projeto de lei federal emperrou no Congresso.
No México, o estado de Sonora aprovou este ano sua lei, pouco antes de a lei federal entrar em vigor, mês passado.

Tendência mundial:
O Conselho Europeu e a União Europeia adotaram os princípios de acesso à informação pública e passaram a pedir os países membros a fazer o mesmo.

Na França, a lei de acesso a documentos administrativos de 1979 foi revista em 2000. No Japão, lei de acesso vigora desde 2001.
Na África do Sul, lei aprovada em 2000 serve de exemplo para vários países africanos.

Exemplo Mexicano
Democratização no México levou a liberdade de imprensa, mas governo continuou fechado. "Para que liberdade de imprensa se não temos acesso a informação pública?" Imprensa foi vanguarda de um movimento cívico por lei de acesso e os candidatos presidenciais em 2000 tiveram que adotar o tema.
Depois de debates, seminários, artigos... Nasce o "Grupo Oaxaca": mobilização cívica de jornalistas (77 jornais), advogados, acadêmicos.

Exemplo Mexicano
Do Grupo Oaxaca, saiu um comitê de 11 jornalistas, advogados e acadêmicos, encarregados de elaborar um projeto de lei.
O governo Fox respondeu convocando foros populares em várias cidades e depois elaborando um projeto de lei.
"Para que um foro popular se nem mesmo 98% dos professores de direito não sabem o que e o direito sabem o que e direito a informação?" Prof. Ernesto Villanueva (do Grupo Oaxaca).

Exemplo Mexicano
Fox fez os foros e mandou ao congresso seu projeto de lei, considerado mais restritivo que as condições existentes.
O Grupo Oaxaca mandou seu projeto de lei que foi aprovado em tempo recorde e entrou em vigor no mês passado.
Falta muito: regulamentação, divulgação, treinamento, novas leis, adaptação do Judiciário...
Foi considerada a primeira grande vitória da sociedade civil organizada nesta etapa de democratização do México.

Exemplo Mexicano
A lei mexicana foi baseada no seguinte decálogo elaborado pelo Grupo Oaxaca:
1. Uma lei de acesso protege um direito humano universal.
2. A informação que o Estado possui pertence às pessoas.
3. É indispensável garantir que os poderes do Estado (Executivo, Legislativo, Judiciário) respeitem uma lei de acesso.

4. É obrigação do Estado publicar e entregar as informações que possui.

Exemplo Mexicano
5. Esta obrigação deve estar submetida a procedimentos ágeis e simples, de custo mínimo.
6. Pode haver exceções a esta norma, mas só em casos referentes à vida privada, segurança nacional, segurança pública, política externa, e segredos científicos, industriais ou bancários.
7. É necessário que exista um organismo autônomo responsável por treinar, divulgar e oferecer assessoria sobre esta matéria, assim como resolver controvérsias e impor sanções administrativas eficazes a quem desrespeitar as normas.

Exemplo Mexicano
8. Todos os órgãos do Estado devem ser obrigados a informar sobre o exercício do gasto público, inclusive sobre aquele cujo gerenciamento tenha sido passado à instância privada.
9. Devem ser corrigidas as leis que sejam necessárias, para permitir consistência jurídica com uma lei de acesso à informação pública.
10. A proposta de lei prevê um alcance federal. Não obstante, se buscará que cada um dos estados debata e regulamente esta matéria no âmbito das unidades federativas e municípios.

Conclusão

Uma lei de acesso à informação pública tornou-se ferramenta indispensável para o exercício de uma democracia moderna e eficaz.

Os jornais podem estar na vanguarda de um movimento pela lei de acesso, mas será necessário o apoio de partidos políticos, OAB e outros representantes da sociedade civil.

Não basta a lei... depois de consegui-la, há muito trabalho para sua implementação.

Estados e municípios podem estar na vanguarda e sair com suas leis de acesso antes da administração federal

É possível conseguir ampla ajuda internacional, se necessária, para a elaboração de um projeto de lei.

A lei de acesso será um “seguro” contra a corrupção e o desperdício dos recursos públicos...

...e o exercício de um direito humano fundamental, o direito à informação.

É este o quadro que jornalistas e membros do Parquet devem conhecer: lutam pela mesma causa, mais luz para o cidadão. E, nesse sentido, o Brasil parece querer permanecer nas trevas.

MINISTÉRIO PÚBLICO: ADVOGADO DO POVO

Dalmo de Abreu Dallari
Advogado e professor da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo – USP.

A Constituição brasileira de 1988 é, sob vários aspectos fundamentais, a mais democrática de todas as que o Brasil já teve. Além de ter sido elaborada com intensa participação popular, a atual Constituição brasileira integra a nova corrente do pensamento constitucional que hoje é reconhecida como novo constitucionalismo. Entre as inovações de maior importância teórica e prática introduzidas por essa corrente inovadora estão a concepção da Constituição como norma jurídica fundamental, dotada de plena eficácia jurídica. Para aqueles que não se aprofundaram na história do constitucionalismo essa afirmação pode parecer estranha, mas o fato é que desde o aparecimento da Constituição escrita, a dos Estados Unidos da América, em 1787, e, sobretudo a partir do constitucionalismo francês, que nasceu com a Constituição de 1791 e exerceu enorme influência no mundo ocidental, a Constituição foi concebida e usada mais como verdadeiro manifesto político, expressão do pensamento liberal, que com mais propriedade deve ser identificado como liberal-burguês, dando-se também à Constituição, quando muito, o caráter de diretriz de natureza moral, cuja obediência era desejável, mas que não se impunha como lei.

Segundo os parâmetros das revoluções burguesas, iniciadas no século XVII, a liberdade do indivíduo era a aspiração máxima e a lei deveria, tão só, garantir essa liberdade, vedando qualquer interferência do Estado ou de quem quer que fosse na esfera dos direitos individuais. Do ponto de vista formal, o governo era o governo da lei, que declarava formalmente os direitos, deixando cada indivíduo livre para gozar seus respectivos direitos, respeitando os de outros indivíduos. A par disso, deu-se extraordinária ênfase aos direitos patrimoniais, declarando-se como sagrado o direito de propriedade. Com o advento do Código Civil francês, em 1804, o famoso Código Napoleão, este passou a ser concebido e utilizado como a lei fundamental, cujos termos deveriam ser rigorosamente respeitados, porque isso representava o respeito ao direito. Mais do que isso, o Código Civil passou a ser a expressão do direito, de todo o direito. Foi assim, em linhas

gerais, que se conjugaram o individualismo, o privatismo e o formalismo jurídico, como padrão ideal da ordem jurídica.

Foi sob influência dessas concepções que surgiram as Constituições do século XIX e da primeira metade do XX, contendo, quase sempre, solenes e retumbantes declarações de direitos, os quais, entretanto, ficavam na dependência da legislação ordinária para que pudessem ser usados. Assim, por exemplo, os próprios direitos à liberdade e á propriedade, proclamados como fundamentos da organização política e social, sempre ficaram na dependência de que cada indivíduo obtivesse, por si próprio e sem qualquer interferência direta ou indireta do Estado, a possibilidade de gozá-los. Quanto à liberdade, o que se estabeleceu como regra foi o Estado mínimo, que atuaria como mero garantidor da liberdade individual, que na teoria política francesa recebeu a denominação de *État gendarme,* Estado-polícia, mero vigilante do respeito à legalidade formal. Não importava que o direito de ser livre não fosse acompanhado do poder de ser livre, ou que o sagrado direito de propriedade estivesse sendo assegurado a pessoas nascidas e mantidas na miséria, sem qualquer possibilidade de se tornarem proprietárias, mesmo do indispensável para a sobrevivência digna. Foi desse modo que, mesmo nos Estados dotados de Constituição, foram, e ainda são, estabelecidas e mantidas tremendas injustiças, discriminações e marginalizações, muitas vezes garantidas pelo Estado por serem legais.

O Ministério Público foi também conformado por essas concepções. Sob inspiração do direito Português, no qual, ainda que com atribuições muito limitadas, já se encontra a figura do Promotor de Justiça desde as Ordenações Manuelinas, de 1521, o Ministério Público recebeu o encargo de denunciar crimes e ajudar na punição dos criminosos. Durante o século XIX, foram acrescentadas no sistema jurídico brasileiro, embora mantendo o Ministério Público em posição secundária, de auxiliar dos Poderes do Estado, algumas atribuições, que, de certo modo, já ampliavam o seu como promotor de direitos, dando-lhe atribuições de sentido social, como a incumbência de cuidar para que se fizesse o registro civil dos filhos das escravas e a curadoria de menores e incapazes, bem como a atenção aos direitos dos ausentes e a promoção de interdições. Em decorrência do papel mais tradicional do Ministério Público, ganhou especial ênfase a responsabilidade pela punição dos criminosos, chegando-se a avaliar a eficiência dos Promotores Públicos pelo número de condenações conseguidas. Como revelação da importância secundária atribuída ao

Ministério Público, é significativo que a Constituição brasileira de 1934, avançada em termos de direitos sociais, enquadrou a instituição entre os “órgãos de cooperação nas atividades governamentais”, sem a mínima independência. Da mesma forma, a Constituição de 1946, apesar de já elaborada sob influência de ideias socializantes que ligavam a busca da paz à correção das injustiças sociais, nada acrescentou quanto às funções do Ministério Público, nem lhe deu maior autonomia.

Quando foi elaborada a Constituição brasileira de 1988 já se havia afirmado e consolidado, em muitos Estados europeus, a ideia de que seria inútil todo esforço para a construção da paz sem que houvesse a correção das profundas injustiças sociais de grande parte do mundo. Reconheceu-se também a necessidade de conceder efetiva garantia dos direitos fundamentais para todos e, como complemento necessário, de assegurar a todos a possibilidade de acesso aos direitos proclamados nas Constituições e nas leis, oferecendo às vítimas de injustiças e arbitrariedades praticadas por governos ou grupos poderosos, os meios necessários para a defesa e efetivação dos direitos. Foi nesse ambiente que se colocou a ideia de um Advogado do Povo, concebido como uma instituição pública bem aparelhada e independente, que mantivesse vigilância sobre o respeito aos direitos e tomasse as iniciativas necessárias para sua preservação e promoção. Surgiram, então, várias propostas, que deram nascimento a prestigiosas instituições, com objetivos semelhantes, mas com diferentes denominações e características em diversos Estados. Nos Estados escandinavos já existia desde o início do século XIX o *ombudsman,* que ganhou novo impulso e foi divulgado para o mundo; em Portugal, foi instituído o Provedor de Justiça; na Espanha, o *Defensor del Pueblo* e na cidade de Paris, foi criado o *Médiateur,* todos eles concebidos como advogados do povo.

Na Assembleia Constituinte que elaborou a Constituição brasileira de 1988 todas essas figuras foram lembradas, ganhando especial evidência o ombudsman, pelas notícias de sua atuação eficiente que chegavam ao Brasil. Entretanto, houve fortes resistências à introdução de qualquer dessas instituições no sistema jurídico brasileiro e disso dá notícia o eminente constitucionalista Luis Roberto Barroso, que acompanhou muito de perto os trabalhos da Constituinte e se empenhava pela criação de um advogado do povo. Depois de fazer observações sobre as resistências de muitos constituintes à ampliação da participação do povo no governo, Barroso faz

observações muito precisas sobre o comportamento da Constituinte quanto às propostas de criação do advogado do povo:

> Foi igualmente descartada do texto, levado à votação no plenário da Constituinte, a figura do "Defensor do Povo", cuja criação havia sido sugerida no Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais *(Comissão Afonso Arinos)* e que chegou a constar do Anteprojeto da Comissão de Sistematização. Desperdiçou-se, assim, a oportunidade de reedição local da instituição do *ombudsman,* consagrada na Constituição sueca de 1809 e abrigada na legislação de diversos países.

E acrescenta:

> Aqui, como em outras partes do novo texto, pressões ligadas aos interesses corporativos, antes que ao interesse público, inviabilizaram a inovação, ignorando a experiência de inúmeros Estados, inclusive do Terceiro Mundo, onde a atuação do *ombudsman* provou-se de grande utilidade na proteção de alguns dos direitos fundamentais do indivíduo. (In *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas,* Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1993, 2ª ed., págs.128 e 129).

Apesar das resistências referidas por Luis Roberto Barroso, as pressões de organizações populares, com o apoio de constitucionalistas que davam notícia das inovações importantes das novas Constituições europeias, sobretudo de Portugal e Espanha, pesaram muito para que a Constituinte reconhecesse a necessidade de criar instrumentos jurídicos voltados para o controle das autoridades públicas, visando assegurar o estrito respeito aos direitos consagrados na Constituição, assim como para a busca de efetividade aos direitos fundamentais atribuídos aos cidadãos e aos direitos essenciais da pessoa humana. Nessa ordem de ideias, recusando a aceitação de qualquer daqueles modelos europeus, acabou-se por admitir que o Ministério Público, já tradicional no sistema jurídico brasileiro, poderia cumprir aquelas funções, bastando garantir sua independência e atribuir-lhe novas funções. Essa ordem de considerações abriu espaço para que representantes do Ministério Público que acompanhavam os trabalhos da Constituinte propusessem que a instituição passasse a integrar a ordem jurídico-política brasileira como um quarto Poder. Com isso ficaria plenamente assegurada sua autonomia, fundamental para o controle efetivo dos Poderes Públicos, visando assegurar o efetivo respeito aos direitos previstos na Constituição. Considerou-se também a necessidade de atribuir

competência ao Ministério Público para a proteção e promoção dos direitos que fossem de todo o povo, além dos direitos assegurados a pessoas e grupos sociais mais frágeis, com impossibilidade ou grande dificuldade para cuidar de seus próprios direitos. Não foi acolhida a ideia do quarto Poder, mas foram concedidas garantias amplas à instituição e aos seus membros, procurando assegurar- lhes a efetiva possibilidade de exercício das tarefas de extrema relevância jurídica e social, com implícitas consequências políticas, que lhe foram cometidas.

A posição dada pelos constituintes ao Ministério Público, no texto da Constituição de 1988, foi sintetizada com muita precisão por Hugo Nigro Mazzilli, que assim se expressa:

> A opção do constituinte de 1988 foi, sem dúvida, conferir um elevado *status* constitucional ao Ministério Público, quase erigindo-o a um quarto Poder: desvinculou a instituição dos Capítulos do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário (Tit. IV, Cap. IV, Seção I); fê-lo instituição permanente, essencial à prestação jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais e individuais disponíveis e a do próprio regime democrático (art.127); cometeu à instituição zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia (art. 129,1I)... (In O *Ministério Público na Constituição de 1988,* São Paulo, Saraiva, 1989, pág. 43 e 44).

Essas, além de outras funções institucionais, revelam a instituição de um novo Ministério Público, que assume o papel de verdadeiro Advogado do Povo.

A partir dessa nova posição constitucional, além da fundamental mudança do papel do Ministério Público no sistema jurídico-constitucional brasileiro, verificou-se também uma evidente mudança no comportamento dos Membros do Ministério Público, que, de modo geral, compreenderam e assumiram seu novo papel constitucional, passando a exercer grande influência na efetivação dos direitos sociais no Brasil. Uma expressiva comprovação dessa mudança de mentalidade está registrada num documento denominado "Carta de São Paulo", aprovado pelo II Congresso do Ministério Público de São Paulo, realizado em maio de 1997, na cidade de São Paulo. Nesse documento, de extraordinária importância, proclama-se que fica reafirmado o compromisso da instituição com a defesa do regime

democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais disponíveis, bem como os compromissos de efetivar o acesso da população à justiça, de intensificar a luta pela eficácia da cidadania plena atuando em parceria com a sociedade, de lutar pela promoção da dignidade da pessoa humana, de promover a aproximação entre a sociedade e o Poder Judiciário tendo em vista a concretização da justiça social; enfim, de atuar, prioritariamente, na proteção da democracia, dos direitos fundamentais da cidadania, dos direitos humanos e dos excluídos, da segurança das relações humanas, do meio ambiente, dos direitos do consumidor, da habitação e urbanismo, da educação e saúde, do patrimônio público, da proteção às crianças, idosos e deficientes". Aí está, clara e enfaticamente enunciado o compromisso do novo Ministério Público com a defesa e promoção dos direitos da pessoa humana.

Um dado positivo, que merece registro, é que já são muitas as demonstrações práticas, em situações concretas, de comprovação da fidelidade do Ministério Público a esses compromissos, desmentindo, entre outras coisas, a afirmação de que os direitos econômicos, sociais e culturais não são verdadeiros direitos porque não são justiçáveis. Graças à participação firme e objetiva de integrantes do Ministério Público tem sido comprovada a justiciabilidade daqueles direitos, o que significa um passo positivo e muito importante no sentido da garantia da eficácia jurídica e social das normas jurídicas referentes aos direitos humanos. Isso tem confirmado o Ministério Público como verdadeiro Advogado do Povo, garantia da eficácia das normas jurídicas relativas aos direitos fundamentais da pessoa humana e, em última análise, instrumento fundamental para a garantia e a promoção da dignidade da pessoa humana.

O DEVER DE TRANSPARÊNCIA E MOTIVAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Daniel Serra Azul Guimarães
Promotor de Justiça em Caçapava e mestrando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e atualmente é o diretor-tesoureiro do Movimento do Ministério Público Democrático – MPD.

Desde o surgimento do Direito Administrativo, aquele que se dedicam a seu estudo têm procurado conciliar os valores filosóficos que lhe deram origem e a metodologia deles decorrente com as constantes transformações sociais, econômicas e políticas que lhes têm imposto mutações pontuais, sem que haja, contudo, uma preocupação com tal sistematização. Além de ditas transformações, as bases filosóficas do Direito Administrativo têm sofrido profundo abalo com a superação do positivismo jurídico e com o desenvolvimento da filosofia da linguagem, somados ao fortalecimento das correntes chamadas pós-positivistas, especialmente aquelas que substituem, na posição nuclear do objeto de estudo, a norma "em si" pela atividade de interpretação/aplicação e, consequentemente, pela argumentação jurídica.

Nestes breves apontamentos, procuraremos analisar alguns dos princípios constitucionais da administração pública de acordo com padrões metodológicos contemporâneos. Especificamente, será abordado o dever de transparência e, por consequência, de publicidade e motivação dos atos da administração pública, dever este que, se observado, torna mais difícil a violação do dever de probidade administrativa, fortalecendo os mecanismos de controle.

Segundo observou Canotilho, o Direito Administrativo até aproximadamente a metade do século passado era marcado pela consideração da ordem jurídica como um dado, ocupando o Estado o centro da ordem jurídica, havendo uma estrutura subjetiva bipolar: o público e o privado. A estrita legalidade garantiria planificabilidade, controlabilidade e previsibilidade. Atualmente, apresenta-se a função administrativa não só como coercitiva, mas também como redistributiva e reguladora, não mais podendo a relação jurídico-administrativa ser representada por esquemas

lineares, mas poligonais. Avulta ainda o caráter negociável de certos atos da Administração, bem como a influência do regime de Direito Privado.[1]

Um dado a ser ressaltado é o adequado exercício das competências administrativas presente no caráter de instrumento para a satisfação de direitos fundamentais.[2] Assim, os interesses que dão suporte às providências administrativas são sempre passíveis de colisão com outros direitos fundamentais e, consequentemente, de ponderação em todos os seus aspectos, especialmente no que se refere aos limites ao exercício legítimo da autoridade estatal.

Com novas dimensões de direitos fundamentais e uma redefinição da soberania estatal, o Direito Administrativo atual – ou pós-moderno – preserva as premissas da modernidade, que lhe asseguraram autonomia, mas incorpora elementos que lhe traçam nova compostura.[3]

Assim, é informado por um conjunto, ainda incipiente e dificilmente sistematizável, de ideias, valores e padrões insuscetíveis de localização no tempo e no espaço. Cabe a seus cultores estabelecer cortes metodológicos adaptados à realidade atual, sem apego excessivo a noções que, paulatinamente, se tornam anacrônicas, mas também sem o deslumbramento com o novo pelo simples fato de sê-lo.

O surgimento do estado constitucional ocasionou profundas alterações na concepção tradicional do Estado de Direito, não sendo mais suficientes as contribuições positivistas a respeito dos princípios constitucionais da administração pública.

Estas mudanças exercem profunda influência na adequada compreensão de tais princípios, especialmente no que diz respeito ao da legalidade. Apontando a superação da concepção tradicional do princípio da legalidade como liberdade, a princípio, do particular, e poder limitado, também a princípio, do Estado, como sustenta Zagrebelsky o esvaziamento da função "liberal" da lei, como "regra que disciplina a colisão entre autoridade e liberdade", afirmando-se um "princípio de autonomia funcional

[1] CANOTILHO, J. J. Gomes. Arena pública e espaço público ou a desconstrução da esfera pública in Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao jurista Celso Bastos. São Paulo: Saraiva, 2.005, pp. 671-675.
[2] Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*.10ª ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004. p.30.
[3] Dromi, Roberto. *op. cit.* p. 30.

da administração".[4] O Direito impõe metas a serem atingidas, atribuindo implicitamente o meio para que a Administração atinja tais objetivos.

É corrente dizer-se que o Direito Administrativo estabelece a linha divisória entre o poder da Administração e a liberdade dos administrados, mudando de feição conforme se trate de estado mais ou menos liberal. No entanto, com o surgimento das chamadas liberdades positivas, ou seja, das normas que impõem deveres que deve, cumpridos pelo Estado para que se caminhe em direção a uma igualdade material, a Administração passa a ter paulatinamente a incumbência de intermediar o conflito entre a liberdade formal e a liberdade material.

Cresce a autonomia da Administração, devendo ser diretamente proporcional o crescimento do efetivo controle jurisdicional de sua submissão ao Direito.

Esta autonomia funcional, ou instrumental, como também a denomina o autor em questão, tem limites imprecisos, na mesma medida em que imprecisos são os limites para a determinação do direito pelo Poder Judiciário.

A divisão orgânica do poder do Estado tem sofrido profundas alterações. As noções tradicionais a respeito da teoria da "separação dos poderes" merecem revisão. A administração tem assumido funções diversas das tradicionais, ao mesmo passo em que abandona algumas destas.

Passam a permear os estudos do Direito Administrativo, as noções de planejamento, políticas públicas, regulação, entre outras, ao mesmo tempo em que o ato administrativo vai deixando de ser o centro das atenções, dando lugar à ideia de procedimento ou processo.

Neste contexto, faz-se de grande relevância a lição de Zagrebelsky:

> A lei, que já foi medida exclusiva de todas as coisas no campo do direito, cede assim o passo à Constituição e se converte ela mesma em objeto de medição. É destronada em favor de uma instância mais alta. E esta instância mais alta assume agora a importantíssima função de manter unidas e em paz sociedades inteiras divididas em seu interior e competitivas. Uma função inexistente em outro tempo, quando a sociedade política pressupunha que era, em si mesma,

[4] *El Derecho Dúctil.* Madrid: Editorial Trotta S. A., 1.997. p. 35.

> unida e pacífica. Na nova situação, o princípio de constitucionalidade é o que deve assegurar a consecução deste objetivo de unidade.[5]

Adverte Zagrebelsky, contudo, que se trata de uma concepção de Estado em construção, devendo ser rejeitadas conclusões precipitadas que, ao invés de buscar compreender em que exatamente poderia consistir a mencionada unificação em torno da constituição, se limitem a simplesmente substituir a soberania concreta de um monarca ou de um parlamento por uma soberania abstrata da constituição e, portanto, da jurisdição constitucional.

Este perigoso raciocínio pode levar a excessos, com a substituição da vontade de entes democraticamente legitimados para opções políticas primárias por aquele que, com ou sem legitimidade democrática, detém a função jurisdicional, pois é quem, em última análise, dará concreção aos comandos constitucionais.

Uma outra razão apresentada por Zagrebelsky para as mutações sofridas pelo princípio da legalidade com as transformações do Estado contemporâneo é o fato de que cada vez mais a lei deixa de representar, necessariamente, a expressão pacífica e coerente dos interesses gerais da sociedade, mas

> É, pelo contrário, um ato personalizado (no sentido de que provém de grupos identificáveis de pessoas e está dirigido a outros grupos igualmente identificáveis) que persegue interesses particulares.[6]

Linhas após, acrescenta o autor que a ampla "contratualização" da lei enseja uma situação em que, cada vez mais, a maioria legislativa com identidade político-partidária é substituída por variáveis "coalizões legislativas de interesses" com postulações pontuais.[7]

Neste contexto, cresce a importância do estudo dos métodos ou técnicas a serem empregados na atividade judicial de controle da Administração Pública, ou seja, na atividade de "dizer" o Direito Administrativo.[8]

---

[5] *Op. cit.,* p. 40.
[6] *Op. cit.*, p. 38.
[7] Op. et loc. cit.
[8] Incontáveis foram e ainda são as tentativas de se identificar a essência do Direito. As controvérsias a respeito do *verdadeiro* conceito de Direito são agravadas pela ideia de que a linguagem *designa* a realidade, reporta-se a conceitos adrede existentes (FERRAZ JR.,

De antemão, deve-se ter em mente que a atividade de interpretação/aplicação do Direito é constitutiva e não declaratória.[9] Deve despertar nosso interesse, portanto, não a busca de um método certo, perfeito, sem falhas, empreitada impossível, mas sim, a construção de teorias que permitam um controle racional da argumentação que leve à criação de normas gerais ou individuais, abstratas ou concretas, sem olvidar que a referida atividade de interpretação/aplicação do Direito é condicionada pelos fatos sobre os quais incide. Realmente, os fatos exercem profunda influência na construção do sentido da norma.[10]

Observa Agostín Gordillo, parafraseando Marcelo Bolarlos, que "a Ciência Jurídica sempre foi, é e não pode deixar de ser, uma Ciência de problemas singulares e concretos".[11] Por esta razão, assevera Gordillo:

> Não há regras, há casos. Dito de outra maneira, a única regra é que não há nenhuma regra. Ou, senão, em uma terceira forma de desmistificar a 'regra', disse Cardozo, 'Em última análise, há poucas regras: há especialmente padrões e graus.[12]

Feita esta observação, percebe-se ser necessária uma mudança de enfoque, devendo ser ressaltado o aspecto procedimental do Direito. Assim,

---

Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2.003. pp. 34/35). Segundo uma concepção mais atual, tem-se percebido que a relação da língua com a realidade é estabelecida arbitrariamente. Assim, o que deve ser levado em conta não é a correspondência entre as expressões, e a coisa em si, mas entre o signo e o *uso* verificado em dado contexto comunicacional, o que somente é possível com uma adequada justificação quando do emprego da linguagem normativa.
[9] Incontáveis foram e ainda são as tentativas de se identificar a essência do Direito. As controvérsias a respeito do verdadeiro conceito de Direito são agravadas pela ideia de que a linguagem designa a realidade, reporta- se a conceitos adrede existentes (Ferraz Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2.003. pp. 34/35). Segundo uma concepção mais atual, tem-se percebido que a linguagem é um conjunto de signos, cuja relação com a realidade é estabelecida arbitrariamente. Assim, o que deve ser levado em conta não é a correspondência entre o signo e a coisa em si, mas entre o signo e o uso verificado em dado contexto comunicacional, o que somente é possível com uma adequada justificação quando do emprego da linguagem normativa (*Op. cit*., p. 36).
[10] Esta constatação pode ser bem simbolizada pela afirmação categórica de Garcia de Enterría, lembrada por Agostín Gordillo: "Não há regras, há casos individuais e concretos" *(Tratado de Derecho Administrativo.* Tomo I. 8ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2.003. p. 1-2).
[11] Op. et loc. cit.
[12] Op et loc. cit.

sem se desprezar a ideia do Direito Constitucional como conjunto de normas, nosso enfoque precípuo é o direito enquanto *devido processo legal.*

Bem lembrada por Gordillo a afirmação do Juiz Jackson, da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em plena Guerra Fria: "Se tivesse que escolher entre as leis do *common law* aplicadas por procedimentos soviéticos, ou leis soviéticas aplicadas pelo *due process of law,* não teria dúvidas, nem por um instante, em escolher o segundo".[13]

Dois fatores tornam irrecusável este giro metodológico: (a) a ampla constitucionalização do Direito Administrativo e o crescimento de seu caráter principiológico, com a necessidade de ponderação de valores;[14] (b) a redução do prestígio da autoridade estatal por si própria e a exigência de que suas posturas sejam justificadas de modo claro e racional.[15]

Impõe-se, portanto, que sejam previsíveis e racionalmente justificadas tanto as posturas da Administração Pública como as do Poder Judiciário ao delimitar seu limite de legítima atuação discricionária. Avulta a importância do tema quando constatamos que as hipóteses de discricionariedade administrativa apresentam-se sempre como hipóteses do que a doutrina atual denomina "hard cases" em contraposição aos "routine cases". Trata-se de casos em que: (a) muitas normas aplicáveis (em tese) a um fato – problema na interpretação do fato; ou (b) o texto impreciso toma complexa a definição dos fatos a que se aplica a norma.[16]

Costuma-se fazer, com certa parcimônia, a distinção entre questões de oportunidade (de apreciação da Administração) e de legalidade (de apreciação do Judiciário). Tal distinção repousa sobre a suposição de que a primeira resulta de uma escolha discricionária e a segunda da mera

[13] *Op. cit.* p. 1-4.
[14] Assevera Zagrebelsky: "Nas constituições vigentes, os princípios de justiça operam de modo distinto porque são numerosos. Ao invés de serem como um vetor que faz irresistível a força que atua em seu nome, que, colocam em cena vetores que se movem em muitas direções e é preciso calcular em cada caso 'a resultante' da concorrência de forças. De novo, o resultado constitucional não vem dado, mas deve ser construído" (*op. cit.* p. 96).
[15] "O que é essencial é que lembremos o que substituiu a crença nas autoridades: a exigência de que as opiniões sejam justificadas. A exigência de justificativa plausível suplantou a crença no poder por si mesmo" (AARNIO, Aulis. *The Rational as Reasonable – A Treatise on Legal Justification.* Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987. p. XV).
[16] AARNIO, Aulis. *The Rational as Reasonable – A Treatise on Legal Justification.* Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987. pp. 01-03.

aplicação à situação de uma norma preexistente. Contudo, mesmo nesta segunda hipótese, há a necessidade de determinar qual a norma aplicável e, ainda, interpretá-la, ou, ao menos, interpretar os fatos, atividades estas que importam escolhas discricionárias por parte do intérprete/ aplicador da norma.[17]

Com efeito, nossa Constituição tem acentuado caráter principiológico e impõe a inafastabilidade da jurisdição (5º, XXXV). Deve-se, portanto, buscar critérios válidos de razoabilidade para o controle da discricionariedade administrativa.

Neste contexto, apresenta-se com grande relevância o dever de motivação de todas as decisões judiciais (CR, art. 93, IX), além do dever de coerência, sendo também de muita importância a função limitadora da jurisprudência, que ao menos impõe um ônus argumentativo maior para decisões a ela contrárias, evitando-se decisões aleatórias e arbitrárias.[18]

Se é legítima a aplicação, pelo Poder Judiciário, dos princípios constitucionais, não se deve olvidar que há um âmbito intangível de competência discricionária da Administração Pública que tem por escopo preservar sua autonomia.

Em todas as situações em que a Administração se depara com diversas possibilidades de ação é possível identificar algumas que certamente encontram-se dentro do âmbito normativo e algumas outras que certamente dele estão fora. Este juízo, referente ao "m*inimal due process Standard*",[19] pode e deve ser feito pelo Poder Judiciário.[20] Entre a zona de certeza positiva e a zona de certeza negativa há, contudo, uma zona intermediária, na qual somente cabe ao administrador fazer opções de acordo com critérios políticos de oportunidade e conveniência.

[17] TROPER, Michel. *La Théorie du Droit, Le Droit, L'État.* Paris: Léviathan – Presses Universitaires de France, 2001. p. 244.
[18] TROPER, Michel. *Op. cit.* pp. 245-246.
[19] TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law.* Mineola, New York: The Foundation Press, Inc, 1978. p. 733.
[20] Diz André de Laubardère: "na hipótese de poder discricionário, o juiz pode – ao menos em certas matérias – censurar o erro de apreciação (isto quer dizer a inadequação da medida aos motivos) desde que este erro seja exacerbadamente flagrante ("manifesto") observa o autor que o Conselho de Estado Francês acrescentou o "erro manifesto" aos demais elementos do controle mínimo do exercício da competência discricionária" *Traité de Droit Administratif.* 15ª ed. Paris: L.G.D.J., 1999. pp. 696/697).

Deve o administrador aproximar-se ao máximo da essência e do sentido da norma, evitando-se ao máximo a arbitrariedade e adotando-se à medida que se mostre adequada diante do caso concreto. É ilícita a opção deliberada pela plena inadequação à norma, ainda que aparentemente abrangida pela discricionariedade.[21]

Para que se mantenha a coesão social, evitando-se que a sociedade se dissolva em anarquia, é necessário que a atuação estatal seja previsível. Evitar a arbitrariedade é apenas um lado da moeda, havendo a necessidade de que a providência administrativa seja substancialmente adequada. Assim, para que haja correção jurídica, o ato do Poder Público deve ser comportado pelo ordenamento, além de estar de acordo com a moral e outras normas sociais.[22]

A expectativa de correção jurídica é um fenômeno cultural e não um conceito empírico sendo delineada pelo contexto ideológico, razão pela qual erige-se sobre os mesmos fundamentos dos conceitos de racionalidade e discurso racional.[23]

Assim, tanto para justificar a opção discricionária da administração pública como para justificar a decisão jurisdicional que invalide o ato ou deixe de invalidá-lo com fundamento na referida discricionariedade, não basta o argumento de autoridade consistente em invocar a jurisprudência ou doutrinadores consagrados. Impõe-se uma justificação racional da postura adotada. Isto porque, nas democracias ocidentais contemporâneas, os atos do Estado não mais se justificam pelo próprio prestígio deste e de seus agentes.[24]

Neste contexto, o princípio da motivação dos atos da Administração Pública apresenta-se como verdadeiro mandamento de otimização do controle público dos atos do Estado, permitindo um efetivo controle jurisdicional e mesmo uma legitimação harmonizadora, pela racionalidade, da atividade administrativa. A previsibilidade somada à racionalidade traz como consequência segurança jurídica e pacificação social.[25]

---

[21] AARNIO, Aulis. *Op. cit.* p. 03.
[22] AARNIO, Aulis. *Op. cit.* p. 04-05.
[23] AARNIO, Aulis. *Op.* cit. p. 05.
[24] AARNIO, Aulis. *Op. cit.* p. 06.
[25] Deve ser consignado, contudo, que a segurança não é um valor absoluto nem o único a ser buscado pal aplicação do Direito, que é formada por regras precisas, mas também por

A estas observações, deve ser somado que somente é possível que se saiba se estavam presentes, quando da expedição de um ato administrativo, os seus fundamentos de fato e de direito, com a análise da motivação em que se tenha estabelecido a correlação lógica entre estes e os eventos ou situações dados por existentes.[26]

Com efeito, não é possível contestar a validade de um ato se os seus motivos permanecerem ignorados. Segundo a abalizada lição de Celso Antônio Bandeira de Mello,

> Se isto fosse possível, o ato administrativo apresentar-se-ia como definitivo, com força de verdade legal, tão irreversível quanto uma decisão judicial transitada em julgado. Ganharia os atributos que só assistem aos pronunciamentos judiciários finais.[27]

Como se sabe, a relação de administração, como argutamente pontificou Ruy Cirne Lima, "se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente".[28] Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Em rigor, o principio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais que isso: é uma inerência dele; está nele contido, pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada.[29]

Assim, a prática de ato com suposto fundamento em determinada lei, sem, no entanto, se visar ao atendimento à finalidade legal, caracteriza desvio de poder. Acrescente-se que, como é cediço, além da finalidade específica, cada norma de Direito Administrativo que veicula competência traz consigo a obrigatoriedade de atendimento da finalidade inerente a qualquer ato administrativo: a de satisfação ao interesse público. Trata-se da

---

princípios. Assim, no centro da tensão entre estabilidade e flexibilidade, a aplicação do Direito deve ser marcada por um compromisso entre previsibilidade e justiça, como proposto por Alecksander Peczenik, lembrado por Aulis Aarnio na obra acima mencionada, p. 07.
[26] Neste sentido: Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*. Buenos Aires – Madrid: Ciudad Argentina, 2004. p. 229.
[27] *Discricionariedade e controle jurisdicional.* 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 99.
[28] Princípios de Direito Administrativo. 3ª ed., 1954. p. 63.
[29] *Curso de Direito Administrativo.* 12ª ed. São Paulo: 2.000. p. 77.

"finalidade própria de todas as leis", segundo as preciosas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello.[30]

Para que seja possível aferir o atendimento ou não do interesse público, imprescindível a prévia motivação dos atos administrativos. O fundamento constitucional da obrigação de motivar encontra-se "implícito tanto no art. 1, II, que indica a cidadania como um dos fundamentos da República, quanto no parágrafo único deste preceptivo, segundo o qual todo o poder emana do povo, como ainda no art. 5º, XXXV, que assegura o direito à apreciação judicial nos casos de lesão ou ameaça a direito", ainda na esteira das sempre pertinentes lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, que acrescenta:

> É que o princípio da motivação é reclamado quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do 'por que' das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se sujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas à lei.
>
> De outra parte, não haveria como assegurar confiavelmente o contraste judicial eficaz das condutas administrativas com os princípios da legalidade, da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade se não fossem contemporaneamente a elas conhecidos, e explicados os motivos que permitiram reconhecer o afinamento ou desafinamento com aqueles princípios. (...) o Judiciário não poderia conferir-lhes a real justeza se a Administração se omitisse em enunciá-las quando da prática do ato. É que se fosse dado ao Poder Público aduzi-los serodiamente, depois de impugnada a conduta em juízo, poderia fabricar razões *ad hoc*.[31]

Percebe-se, então, com clareza, que os princípios da legalidade, da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade têm como corolário o princípio da motivação, que também é decorrência do princípio republicano, do devido processo legal e da opção por um *Estado Democrático de Direito.*

Ensina Roberto Dromi:

[30] *Ob. cit*. p. 78.
[31] *Ob. cit*. p. 83.

> A publicidade dos atos de governo é um elemento essencial na democracia, porque os governantes administram coisa alheia e os administrados devem ser informados sobre a gestão.[32]

Evidentemente a publicidade ampla a que deve se submeter à atividade de administração pública inclui a exposição de forma precisa e clara das razões que levam à expedição dos atos administrativos, para que seja possível contrastá-las com aquelas exigidas pela lei para a sua prática.

Como assevera o mestre argentino,

> A transparência e sua consequência, a publicidade dos atos públicos, são valores predicados pela *ética pública* que devem imperar em todas as facetas e dimensões da gestão administrativa, estatal ou não.

Acrescenta o grande administrativista que a *transparência administrativa* exige a *"concorrência de certos elementos-parte,* que configuram uma união de conhecimento, consciência, comunicação e controle". Entre estes elementos, aponta o grande mestre argentino a motivação de todos os atos da administração.[33]

Augustín Gordillo, após apontar entre os limites à discricionariedade administrativa a *razoabilidade,* afirma que o ato discricionário será ilegítimo, mesmo se não transgredir nenhuma norma expressa e concreta, se não for razoável, o que pode ocorrer, fundamentalmente, quando *não dê os fundamentos de fato e de direito que o sustentem;* não considere fatos conhecidos ou considere fatos inexistentes, não guarde proporção adequada entre os meios empregados e os fins legais.[34]

Entender-se que, para certos atos praticados por certos agentes, não é necessária a motivação é, ao arrepio da ordem constitucional vigente, atribuir poder absoluto ao agente em questão.

Como bem observa Celso Antônio Bandeira de Mello,

> Não haveria necessidade alguma de leis, nem de garantias individuais, nem de contraste jurisdicional de atos administrativos, se se considerasse que a condução da vida social pode ser entregue

[32] *Op. cit*. p. 227.
[33] *Op. cit*. p. 227
[34] *Tratado de Derecho Administrativo.* 8ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. Cap. X, item 21.

exclusivamente ao juízo sensato de homens bons. As leis reguladoras da ação do Poder Público existem precisamente para conformar a ação de quaisquer sujeitos encarregados da coisa pública – inclusive os viri boni – a pautas e controles que pretendem assegurar, em termos objetivos, obediência a esquemas de conduta controláveis pelo cidadão e pelos órgãos fiscalizadores.[35]

Pontifica o mesmo mestre:

> Averbe-se finalmente que se até as decisões jurisdicionais são nulas se carecem de enunciação de seus fundamentos (Constituição Federal, art. 93, IX, e Código de Processo Civil, art. 458, II), requisito insuprimível delas, e suscetíveis de desconstituição por ação rescisória, quando incursas em erro de fato (art. 485, IX, do CPC), não há como imaginar-se que meros atos administrativos possam ficar à margem de tal exigência e ensejarem erros de fato encobertos para sempre, ainda que sob o manto do 'segredo' dos motivos. Aliás, *a Constituição no que concerne às decisões administrativas dos Tribunais é expressa quanto a exigir-lhes motivação.*[36]

Não se pode permitir que a ausência de motivação – ou de motivação inadequada[37] – dos atos da Administração Pública se banalize como instrumento bastante hábil para encobertar posturas adotadas com desvio de poder.

Imprescindível, portanto, a motivação de todos os atos da Administração Pública para que possa haver controle e, conforme pontifica Roberto Dromi, o controle do Poder Público em todas as suas instancias apresenta-se para aqueles que têm tal incumbência como dever irreversível, irrenunciável e intransferível para assegurar a legalidade da atividade estatal. Aduz o grande mestre:

> Sem controle não há responsabilidade. Não pode haver responsabilidade pública sem fiscalização eficaz de todos os atos públicos.[38]

---

[35] Discricionariedade... cit. p. 101/102.
[36] Discricionariedade... cit. p. 103.
[37] Mesmo quando há motivação, é necessário analisar se são plausíveis as razões invocadas, pois, como bem observou Celso Antônio Bandeira de Mello: "quem age mal intencionado procura cintar-se de cautelas, precatando-se contra os riscos de exibir ou entremostrar sua incorreção. Daí que procura disfarçar o vício, cercando-se de pretensas justificativas para o ato, a fim de encobrir-lhe a mácula" (*Ob. cit*. p. 78).
[38] *Derecho Administrativo.* 10ª ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2.004. p. 1049.

O PAPEL DA ESCOLA PARA A EDUCAÇÃO INCLUSIVA

Ela Wiecko V. de Castilho
Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão, mestre em Direito Público pela UFPR e doutora em Direito Penal pela UFSC e associada do Movimento do Ministério Público Democrático

Introdução

A educação é um direito humano. Sendo os direitos humanos universais, indivisíveis e interdependentes, ao assegurarmos o direito de todas as pessoas à educação estaremos implementando todo o conjunto de direitos humanos.

Esta afirmação é problematizada no texto, a partir da consideração de que a educação praticada na escola, em todos os níveis, desde o Ensino Fundamental ao Superior, discrimina e exclui pessoas e grupos sociais.

Esse texto busca refletir sobre as possibilidades de respeitar, no âmbito do ensino regular, a igualdade e, ao mesmo tempo, a diversidade existente entre os seres e os grupos humanos, na perspectiva da inclusão. Parte-se da hipótese de que a igualdade não equivale à uniformidade e de que a igualdade só fica assegurada se a diversidade não for aniquilada. No dizer de Aguiar (2000, p.290)

> os projetos de liberdade humana, de felicidade social e existencial têm de se lastrear nas diferenças culturais, históricas, produtivas e gnosiológicas das sociedades. Terá sucesso o que amalgamar pacificamente essas tendências aparentemente díspares dos seres humanos, mas que são a expressão maior de sua riqueza e de seu potencial para sua tarefa cocriadora do mundo.

O direito humano à educação

O direito à educação tem o status de direito humano e de direito fundamental. É reconhecido como tal na Declaração Universal de Direitos Humanos (1948, art. 26) e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC, 1966), entre outros.

No PIDESC está classificado entre os direitos culturais arrolados nos artigos 13 e 15 que reconhecem a todas as pessoas o direito de se exprimir, criar e difundir seus trabalhos no idioma de sua preferência e em particular na língua materna; o direito a uma educação e a uma formação de qualidade que respeite plenamente a sua identidade cultural; o direito de participar da vida cultural de sua escolha e exercer suas próprias práticas culturais, desfrutar do progresso científico e bem como de suas aplicações, beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda produção científica, literária ou artística de que sejam autoras.

No âmbito interamericano o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecido como Protocolo de São Salvador (1988), no art. 13, ao tratar de direitos culturais, assegura o direito à educação, orientado para o pleno desenvolvimento da pessoa humana e de sua dignidade, visando ao fortalecimento e ao respeito dos direitos humanos, ao pluralismo ideológico, às liberdades fundamentais, à justiça e à paz. O art. 14 estabelece o direito aos benefícios da cultura, reconhecendo aqueles que decorrem da promoção e desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais em assuntos científicos, artísticos e culturais e, na mesma linha, comprometendo-se a propiciar maior cooperação internacional.

Na Constituição Brasileira de 1988, a educação figura como direito social (art., 6º) e, também, como direito cultural (art. 205 a 214).

Segundo Claude (2005, p. 37) é um "direito de múltiplas faces". É, ao mesmo tempo, direito social, econômico e cultural.

> Direito social porque, no contexto da comunidade, promove o pleno desenvolvimento da personalidade humana. Direito econômico, pois favorece a autossuficiência econômica por meio do emprego ou do trabalho autônomo. E direito cultural, já que a comunidade internacional orientou a educação no sentido de construir uma cultura universal de direitos humanos.

A vinculação antiga entre escola e economia é ressaltada por Shipps (2001, p.19), ao registrar que

> a grande onda de reformas escolares do final do século XIX já visava a preparar a inserção dos indivíduos em uma sociedade transformada pela urbanização e também pela industrialização.

Hoje, diz a referida pesquisadora em ciências da educação:

> a situação é a mesma. Tudo que, no Ensino Público, contribui para melhorar as perspectivas individuais de emprego tem consequências econômicas diretas, em particular nas cidades.

Os idealizadores da Declaração Universal, como demonstra Claude (idem, p. 38-39), após relatar a discussão feita no âmbito da Comissão de Direitos Humanos da ONU, em 1948, perceberam como a educação não é neutra em matéria de valores. Por isso, o art. 26

> determina que o direito à educação deve se vincular a três objetivos específicos: (1) pleno desenvolvimento da personalidade humana e fortalecimento do respeito aos direitos do ser humano e às liberdades fundamentais; (2) promoção da compreensão, da tolerância e da amizade entre todas as nações e grupos raciais e religiosos; e (3) incentivo às atividades da ONU para a manutenção da paz.

A inclusão por intermédio da educação

Atualmente fala-se muito em promover a inclusão, pois as análises socioeconômicas e políticas descrevem o crescente processo de exclusão de pessoas e grupos humanos dos benefícios da sociedade pós-industrial.

Fávero (2004, p. 38) analisa a diferença entre as palavras integração e inclusão, embora estas contenham a mesma ideia de inserir quem está excluído, qualquer que seja o motivo. Explica que na integração

> a sociedade admite a existência de desigualdades sociais e, para reduzi-las permite a incorporação de pessoas que consigam 'adaptar-se', por méritos exclusivamente seus. Ainda, a integração pressupõe a existência de grupos distintos que podem vir a se unir.

Por sua vez, a inclusão

> significa, antes de tudo, 'deixar de excluir'. Pressupõe que todos façam parte de uma mesma comunidade e não de grupos distintos. Assim, para 'deixar de excluir' a inclusão exige que o Poder Público e a sociedade em geral ofereçam as condições necessárias para todos.

A referida autora lembra que a Constituição Brasileira de 1988 assume a proposta inclusiva, pois, no art. 3 impõe à República o dever de construir uma sociedade livre, justa e solidária; de garantir o

desenvolvimento nacional; reduzir as desigualdades sociais e de promover o bem de todos, sem preconceitos.

A educação constitui um poderoso instrumento de inclusão, pois o art. 26 da Declaração Universal de Direitos Humanos vincula o direito à educação ao objetivo do pleno desenvolvimento da personalidade humana. A ideia é encontrada também no art. 22, segundo o qual toda pessoa tem direitos sociais, econômicos e culturais "indispensáveis [...] ao livre desenvolvimento de sua personalidade", e no art. 29 que estabelece: "Toda pessoa tem deveres perante a comunidade, onde – e somente onde – é possível o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade".

Qual o significado do pleno desenvolvimento da personalidade humana? Sem dúvida, é o de realizar o ideal de uma vida digna. Por essa razão, pode-se dizer que, ao promover o pleno desenvolvimento da personalidade humana a educação também promove os direitos humanos. Ou, em outras palavras, a dignidade humana é alcançada pela implementação do conjunto de direitos humanos. Nessa perspectiva, Claude (idem, p. 41) anota que

> a educação para a dignidade deve levar em conta a lista completa dos direitos humanos: direitos pessoais, como a privacidade; direitos políticos – como a participação, bem como a busca e a divulgação de informações; direitos civis, como a igualdade e a ausência de discriminação; direitos econômicos, como um padrão de vida digno; e o direito a participar da vida cultural da comunidade.

O direito individual expresso no art. 26 da Declaração Universal, ao ser reforçado pela sociedade e pela interação social, assume natureza social. Consequentemente, assegurar o acesso à educação é promover inclusão social.

O primeiro passo para assegurar esse direito é a alfabetização, que proporciona o aprendizado das competências básicas em matéria de comunicação oral e escrita, bem como a capacidade de resolver problemas científicos ou sociais. Por isso, Mayor (1998, p. 40) observa que hoje a alfabetização "é indissociável das exigências constantemente renovadas da existência em um determinado contexto sociocultural", sendo essencial que as comunidades locais participem da definição do conteúdo dos programas de alfabetização.

A alfabetização deve estar integrada a oportunidades de educação formal e informal permanentes de modo a assegurar a todos (as) a adaptação às transformações cada vez mais rápidas da sociedade globalizada.

Entretanto, o fenômeno da comercialização de bens educativos pode servir ao propósito inverso, ou seja, à exclusão social por meio da discriminação de países ou de grupos de indivíduos mais desfavorecidos. Dossiê concebido e coordenado por Guttman (2001, p. 16-37) avalia em dois trilhões de dólares, um vigésimo do PIB planetário, o montante das despesas em educação no mundo. O setor privado, arrogando a si as virtudes da eficácia, da inovação e do conhecimento do mercado, joga com o crescente descrédito da Escola Pública e nos Estados Unidos sociedades privadas já administram estabelecimentos públicos. O ensino superior é a ponta de lança dessa comercialização com a aliança entre universidades e empresas. Mas, os primeiros resultados dessa mercantilização são modestos. A Nova Zelândia, país que mais avançou nesse caminho, viu crescer a desigualdade entre beneficiários e vítimas da privatização. Falta qualidade do ensino e também respeito às especificidades culturais.

Dado recente, no Brasil, revela que em olimpíada matemática os alunos melhores classificados provinham de escolas públicas.

Diversidade cultural e inclusão

O segundo objetivo assinalado à educação no art. 26 da Declaração Universal, é a promoção da compreensão, da tolerância e da amizade entre as nações e grupos raciais ou religiosos. Esse objetivo decorre do reconhecimento, pela mesma Declaração, da igualdade entre todos os seres humanos, como direito humano. Schäfer (2001, p.67 e 75) assevera que o princípio da igualdade ou da isonomia constitui "a fonte primária legitimadora das restrições aos direitos fundamentais" nas constituições dos diversos Estados, e que a sua lógica não é de exclusão, mas de um processo inclusivo de direitos.

Falar de educação para a igualdade leva-nos a abordar o que a viola, ou seja, o preconceito e a discriminação.

Diferenças físicas e biológicas entre pessoas e grupos humanos podem gerar preconceitos que as transfiguram, ou mesmo as constroem, como desigualdades. Por exemplo, homens e mulheres são diferentes do

ponto de vista biológico, mas essa diferença não justifica a razão pela qual as mulheres recebem salário menor do que o dos homens por trabalho igual. Há pessoas brancas e negras, mas a diferença de cor não justifica que negros e negras recebam menos do que brancos e brancas recebem por trabalho igual. Na definição de Johnson (1997, p. 180): preconceito é uma atitude cultural positiva ou negativa dirigida a membros de um grupo ou categoria social. Como uma atitude, combina crenças e juízos de valor com predisposições emocionais positivas ou negativas. Por exemplo, o racismo que brancos dirigem aos negros e outras pessoas de cor, inclui crenças estereotipadas sobre diferenças raciais em áreas como inteligência, motivação, caráter moral e habilidades diversas. Essas diferenças são então julgadas segundo valores culturais em detrimento das pessoas de cor e do status elevado dos brancos. Finalmente, elementos emocionais como hostilidade, desprezo e temor completam a atitude, criando predisposição entre brancos para tratar negros de maneira opressora e para perceber sua própria categoria racial como socialmente superior.

O preconceito fundamenta a discriminação, isto é, o tratamento desigual de indivíduos que pertencem a um grupo ou categoria particular.

O preconceito, portanto, baseia-se em crenças estereotipadas sobre diferenças individuais e coletivas, que são empiricamente observáveis ou apenas construções imaginárias. Muitas vezes, diferenças são construídas ao longo da história, nas relações sociais e de poder, de modo que o outro possa ser tratado como inimigo, justificando-se desse modo o esforço em dominá-lo. Por isso, Gomes (1999) conclui acertadamente que respeitar a diversidade cultural não diz respeito apenas ao reconhecimento do outro que é diferente, mas também à relação entre eu e o outro.

A Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), ao adotar a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural (2001), reafirmou ser a cultura

> o conjunto dos traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social e que abrange, além das artes e das letras, os modos de vida, as maneiras de viver juntos, os sistemas de valores, as tradições e as crenças.

Nas Linhas Gerais de um Plano de Ação para a Aplicação da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural é ressaltada a

diversidade linguística, de produção de conhecimento, de gestão de recursos naturais, e de produção artística e intelectual.

A diversidade cultural é um patrimônio da humanidade assim como o é a diversidade biológica.

Anteriormente, em 1978, a UNESCO proclamou a Declaração sobre Raça e Racismo, na qual assevera que todos os indivíduos e grupos têm o direito de ser diferentes, a considerar-se diferentes e serem vistos como tal. Entretanto, a diferença de modos de vida e o direito de ser diferente não devem, em nenhuma circunstância, servir de pretexto para o racismo.

Contudo, também é verdade que os sistemas de valores, as tradições e as crenças são repositórios de preconceito, discriminação e intolerância. Observou-se, antes, que preconceitos são construções sociais, são produtos de uma cultura. Verificamos culturas que admitem o extermínio de crianças nascidas com deficiência física ou mental, ou de crianças do sexo feminino, da morte de mulheres adúlteras pelo fogo ou pelo apedrejamento, da criminalização de homossexuais, etc.

Diante disso, vale recorrer à lapidar assertiva de Souza Santos (2002, p. 75):

> Temos direito à igualdade sempre que a diferença nos inferioriza. Temos direito à diferença sempre que a igualdade nos descaracteriza.

Diferenciação e inclusão

As diferenciações são admissíveis para o propósito de assegurar a inclusão, jamais a restrição ou a exclusão. Fávero (2004, p. 42-43) discute a questão no que se refere a pessoas com deficiência, invocando a Convenção da Guatemala, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 3.956, de 8 de outubro de 2001. O art. I, n. 2, b da Convenção distingue da discriminação a diferenciação ou preferência adotada para promover a integração social ou o desenvolvimento pessoal dos portadores de deficiência, desde que a diferenciação ou preferência não limitem em si mesma o direito à igualdade dessas pessoas e que elas não sejam obrigadas a aceitar tal diferenciação ou preferência. A autora apresenta um exemplo esclarecedor: num teatro, cadeiras adequadamente localizadas, reservadas para pessoas com deficiência, configuram uma diferenciação e não discriminação, desde que as pessoas não

estejam obrigadas a aceitar sentar- se ali; configuram discriminação se as cadeiras estiverem em local que impeçam o acesso ao espetáculo.

A temática da educação inclusiva para pessoas com deficiência tem colocado instituições e pessoas em confronto. Diante da dificuldade de dar conta das várias diferenças em sala de aula, muitos advogam a Educação Especial, ministrada em ambientes próprios, separados. Outros, porém, como Fávero (idem, p. 55), admitem que alguns alunos precisem de atendimento especializado, sem que isso signifique "restrição ao mesmo ambiente que os demais educandos", devendo esse atendimento "funcionar como um currículo à parte, oferecendo subsídios para que os alunos possam aprender conteúdos específicos a cada deficiência, concomitantemente ao ensino comum".

Inclusão e o pensamento complexo

Como assegurar a diversidade ou o direito à diferença e, ao mesmo tempo, a igualdade?

Para atingir esse objetivo, mostra-se útil a elaboração teórica de Morin (1996, p. 50-51), que propõe a reforma do pensamento mediante a aplicação do princípio da complexidade. Ao tratar da noção de sujeito humano, anota que há dois princípios associados: o princípio de exclusão e o de inclusão. O que é o princípio de exclusão? Qualquer um pode dizer "eu", mas ninguém pode dizê-lo por mim. Esse princípio de exclusão é inseparável de um princípio de inclusão que faz com que possamos integrar em nossa subjetividade outros diferentes de nós, outros sujeitos. Por exemplo, nossos pais fazem parte desse círculo de inclusão. Associar noções antagônicas exige um pensamento complexo que, para Morin (id., p. 55), é

> um pensamento capaz de unir conceitos que se rechaçam entre si e que são suprimidos e catalogados em compartimentos fechados. Sabemos que o pensamento compartimentado e disciplinário ainda reina em nosso mundo. Este obedece a um paradigma que rege nosso pensamento e nossas concepções segundo os princípios de disfunção, de separação, de redução.

Morin propugna o pensamento complexo em três planos: o das ciências físicas, o das ciências humanas e o da política. Em cada um desses planos o pensamento complexo busca ao mesmo tempo distinguir e unir.

A exemplo da teoria de Morin, para o propósito da educação inclusiva, é preciso compreender que só um pensamento antirreducionista pode conviver com a diferença e com a diversidade. Os pensamentos complexos aceitam não estar no universo submetido à soberania da ordem, mas a uma relação dialógica (ao mesmo tempo antagônica, concorrente e complementar) entre a ordem, a desordem e a organização.

O pensamento reducionista oculta a alteridade. É esse tipo de pensamento que fundamenta silêncios e invisibilidades.

O papel da escola

Gomes (1999) observa que "a escola é um espaço sociocultural em que as diferentes presenças se encontram". Para Fávero (2004, p. 53) a escola "é o espaço privilegiado da preparação para a cidadania e para o pleno desenvolvimento humano". Na verdade, possibilitar as diferentes presenças é um desafio. No século XIX e em boa parte do século XX, havia escolas para meninos e para meninas. Hoje temos as escolas públicas, única alternativa para as classes pobres, e as escolas privadas frequentadas preferencialmente pelas classes média e alta. Ainda é pequena a presença de crianças com deficiência mental em escolas regulares do Ensino Fundamental. A escola será um espaço sociocultural, em que as diferentes presenças se encontram, assim como o espaço privilegiado de cidadania, se criarmos condições para tanto.

Se as diferentes presenças forem asseguradas aumenta a potencialidade da escola para a construção de uma sociedade mais igualitária, sem preconceito nem discriminação ou outras formas correlatas de intolerância.

A escola pode perpetuar preconceitos, mas também pode desconstruí-los. Essa é uma tarefa para os (as) gestores (as) e educadores (as) comprometidos (as) com os direitos humanos.

O silêncio da escola sobre as dinâmicas das relações sociais no plano da raça e do gênero permite que seja transmitida aos (às) alunos (as) uma pretensa superioridade branca e dos homens. Valho-me de considerações feitas a propósito da diversidade étnico-racial na educação para estendê-las às outras diversidades. Para Cavalleiro (2006, p. 21)

> Silenciar-se diante do problema não apaga magicamente as diferenças, e ao contrário, permite que cada um construa, a seu modo, um entendimento muitas vezes estereotipado do outro que lhe é diferente. [...] É imprescindível, portanto, reconhecer esse problema e combatê-lo no espaço escolar. É necessária a promoção do respeito mútuo, o respeito ao outro, o reconhecimento das diferenças, a possibilidade de se falar sobre as diferenças sem medo, receio ou preconceito.

O fracasso da escola homogeneizadora da sociedade envolvente em respeitar a diversidade cultural levou os povos indígenas no Brasil a se mobilizarem por uma educação diferenciada, a fim de manter seus modos próprios de pensar, produzir e transmitir conhecimentos. É uma proposta na qual, em princípio, não se busca o diálogo intercultural. É, contudo, uma estratégia fundamental para assegurar a manutenção da diversidade de grupos. Impõe-se aqui a máxima de Souza Santos, pela qual temos direito à diferença quando a igualdade nos descaracteriza.

Entretanto, isso não significa que nas escolas, como um todo e em todos os níveis, a presença das diferentes culturas indígenas deixe de ser uma preocupação da nossa política educacional, assim como não impede o diálogo intercultural, por outros caminhos. Essa presença diz respeito ao conteúdo do que é ensinado sobre as diferentes culturas e histórias sobre a diversidade, mas não só isso. A pedagogia, as políticas educacionais, os esforços de capacitação dos professores serão enriquecidos e cumprirão melhor o papel de ensinar o respeito à alteridade se estiverem abertos a esses e outros diferentes modos de pensar, produzir e transmitir conhecimentos.

Acertadamente, Fávero (2004, p. 54), afirma que turmas homogêneas facilitam o trabalho dos (as) educadores (as), mas estreitam a mente e o progresso social dos (as) alunos (as) sem deficiência. Estes (as) e aqueles (as) com deficiência têm direito de ter contato com a diversidade da vida.

Conclusão

O direito à educação é um direito humano individual, social, econômico e cultural. Na sua implementação se comprova a afirmação consagrada na Conferência de Direitos Humanos, em Viena, de que os direitos humanos são universais, interdependentes e indivisíveis.

O direito à educação realiza o princípio da dignidade humana no plano individual e coletivo. Nesse sentido, ele necessariamente promove a igualdade real e inclui as pessoas na diversidade e na diferença.

Para implementar o direito humano à educação, a alfabetização é uma medida indispensável que deve estar integrada a oportunidades de educação formal e informal permanentes de modo a assegurar a todos(as) a inclusão social e econômica em uma sociedade globalizada de transformações potencializadas pelas inovações tecnológicas.

Por outro lado, a diversidade cultural e o direito à diferença também devem ser observados na educação. Para tanto, os (as) educadores (as) devem assumir a tarefa de quebrar o silêncio sobre a diversidade e revelar o invisível. Em segundo lugar, devem atuar conforme o paradigma do pensamento complexo, único capaz de abarcar a diversidade humana e de permitir a adaptação às diferenças e a um mundo em constante transformação em todos os planos, do biofísico ao econômico, político e sociocultural.

Qualquer plano, programa, projeto ou ação só será verdadeiramente educativo se atender aos princípios da educação em direitos humanos. Significa, olhando um lado da moeda, buscar a concretização da igualdade entre as pessoas e, olhando o outro lado, combater o racismo, sexismo, discriminação social (classe), cultural, religiosa e quaisquer outras formas de preconceito e de discriminação presentes na sociedade.

É preciso desconstruir a discriminação de negros, albinos, mulheres, pobres, índios, ciganos, religiões de matriz africana, homossexuais e transgêneros, pessoas com transtornos mentais e pessoas com deficiência.. Ainda que a escola, em todos os níveis, não seja o único lugar em que essa desconstrução precisa ser realizada, nela isso é fundamental.

Bibliografia

AGUIAR, Roberto A, R. de. Os filhos da flecha do tempo: pertinência e rupturas. Brasília: Letraviva, 2000.

CAVALLEIRO, Eliane. Introdução. In: BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO/Secretaria da Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. Orientações e ações para a educação das relações étnico-raciais. Brasília: SECAD, 2006.

CLAUDE, Richard Pierre. Direito à educação e educação para direitos humanos. SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos. Ano 2, n. 2, 2005 p. 37-63, Ed. em português. São Paulo: Rede Universitária de Direitos Humanos.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. Direitos das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

GOMES, Nilma Lino. Educação e diversidade cultural: refletindo sobre as diferentes presenças na escola, 1999. Acessível em http://www.mulheresnegras.org

GUTTMAN, Cynthia. Educação: um mercado de US$2 trilhões. In: O Correio da Unesco. Ed. portuguesa, ano 29, n. 1, janeiro 2001, p.17-35.

JOHNSON, Allan. Dicionário de Sociologia: guia prático de linguagem sociológica. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

MAYOR, Federico. Por uma dinâmica ampliação da educação. In: Correio da Unesco. Ed. portuguesa, ano 26, n.8, agosto 1998, p. 40-41.

MORIN, Edgar. A noção de sujeito. In: SCHNITMAN, Dora Fried (Org.). Novos paradigmas, cultura e subjetividade. Trad. Jussara Haubert Rodrigues. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. A globalização e as ciências sociais. São Paulo: Cortez, 2002.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. Direitos fundamentais: proteção e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SHIPPS, Dorothy. A escola dos empresários. In: O Correio da Unesco. Ed. portuguesa, ano 29, n. 1, janeiro 2001, p. 19-22.

JUSTIÇA RESTAURATIVA

Elaine M. C. Tiritan M. Caravellas
Promotora de Justiça em São Caetano do Sul e associada
do Movimento do Ministério Público Democrático – MPD.

Introdução

Não é novidade que o sistema atual de justiça criminal está em crise.

Nos delitos graves, a pena privativa de liberdade já demonstrou que não recupera os infratores e os devolve ao convívio social sem nenhum sinal de recuperação.

Nos crimes mais leves, mudanças significativas surgiram com a Lei 9099/95, que instituiu a transação penal e a suspensão condicional do processo. Contudo, corre-se o risco de banalizar esses institutos, especialmente pela ideia, já disseminada, de que autores de crimes livram-se do processo pagando uma "cesta básica", o que muito contribui para o descrédito da Justiça.

De todo modo, nos delitos graves ou leves a justiça penal tradicional não vem se mostrando eficaz como resposta estatal ao crime e nem como fator de apaziguamento social.

Daí terem surgido, em diversos países, novas ideias de como tratar a questão criminal. A Justiça Restaurativa é uma dessas novas formas de abordagem.

Justiça restaurativa: origens e esboço de conceito

Comumente identificam-se traços da Justiça Restaurativa na cultura tradicional de muitos povos, como os indígenas e aborígenes de diferentes partes do globo. Assim, não foi à toa que práticas restaurativas foram sendo gradativamente implantadas a partir das décadas de 1970 e 1980, quase que simultaneamente na América do Norte (Canadá, EUA), Oceania (Nova Zelândia, Austrália), África do Sul, além de vários países europeus.

Sem nenhuma pretensão de estabelecer um conceito, mas apenas para se partir de uma ideia sobre o assunto abordado neste texto, pode-se

sintetizar Justiça Restaurativa como uma forma de tratar a questão criminal voltada para a reparação do dano causado às vítimas e à reconstrução das relações humanas afetadas pelo delito.

Walgrave (2006) a define como

> toda ação que é primariamente orientada para a justiça, ao restaurar o dano causado por um crime.

A Justiça Restaurativa, portanto, não é um mero modelo de resolver conflitos, mas pressupõe um novo posicionamento frente à questão criminal, tradicionalmente pensada apenas no plano repressor, com o fim de impor uma pena ao autor de um delito.

O crime passa a ser visto fundamentalmente como a ofensa de um indivíduo a outro ou à comunidade, surgindo daí necessidades que devem ser apuradas e atendidas a fim de restaurar a relação afetada e alcançar a paz social.

Justiça tradicional e justiça restaurativa

Enquanto na justiça penal tradicional, ou retributiva, o crime é visto como violação da norma que tutela bens jurídicos relevantes, buscando-se através da coerção (punição) a retribuição à conduta ofensiva e a prevenção da sua repetição, na Justiça Restaurativa o crime é, sobretudo a ofensa de uma pessoa a outra. Assim, afasta-se a ideia da punição para substituí-la pela reparação do dano mediante a responsabilização ativa do ofensor e construção conjunta de um rol de medidas consideradas suficientes pelos envolvidos. Num segundo momento, a reparação do dano produz paz social porque a satisfação de uma vítima transmite aos demais membros da comunidade a sensação de segurança e de certeza quanto à existência de resposta eficaz ao crime.

Portanto, a Justiça Restaurativa é enfocada na vítima e não no infrator, assumindo umas e outras posições diferentes no processo restaurativo.

Da vítima

A respeito do papel da vítima, podemos lembrar que nos tempos mais primitivos, a justiça era feita pelas próprias mãos dos ofendidos, sob forma de vingança.

O famoso Código de Hamurabi (1750, a .C.), baseado na violência e crueldade contra os autores de crimes, impunha a estes, além dos castigos corporais, a obrigação de indenizar as vítimas. Estabelecia ainda que a família da vítima e a comunidade seriam responsáveis por ajudá-la caso o autor do crime fugisse ou não fosse identificado.

No entanto, a partir da Idade Média, quando o Estado passou a monopolizar a distribuição da justiça, as necessidades das vítimas foram sendo postas em segundo plano, quando não esquecidas ou ignoradas. Até os dias de hoje, essa situação não se alterou muito, mas desde os anos setenta, especialmente por iniciativa dos movimentos feministas, começaram a ser criados, em diversos países, centros de atendimento às vítimas em geral. O país pioneiro a adotar uma legislação de compensação para as vítimas foi a Nova Zelândia (1963), seguido da Grã-Bretanha, que em 1964 criou um órgão administrativo para esse fim (Roberts, 1990).

O processo penal tradicional, no entanto, continua dispensando pouca atenção à vitima, que se limita a prestar declarações no processo com o único objetivo de fazer prova contra o réu e permitir a imposição da pena. Porém, em geral, suas necessidades, seus sentimentos diante do fato e as consequências do crime quase não são levadas em conta.

Mesmo algumas previsões legais em favor do ofendido, como a prestação pecuniária (art. 44, CP) são insuficientes para satisfazer a vítima e recompor a perda causada pelo delito, porque a pena é imposta pelo juiz que estabelece, de acordo com seu ponto de vista, o que entende ser adequado como resposta estatal ao crime, porém, sem poder avaliar as reais necessidades do ofendido.

Há, por isso, um distanciamento da justiça tradicional em relação às vítimas, que muitas vezes preferem não levar o processo adiante pela pouca perspectiva de satisfação com o resultado.

Do ofensor

Quanto ao ofensor, que na justiça tradicional é responsabilizado passivamente através da apuração da culpa e imposição da pena, na Justiça Restaurativa é encorajado a assumir a chamada *responsabilidade ativa,* através da qual ele admite a prática do ato, passa a conhecer as necessidades da vítima e sugere formas de reparar o dano.

Uma grande diferença entre as duas abordagens, portanto, é que na justiça tradicional, embora haja espaço para atos que denotam arrependimento e consciência quanto aos efeitos do crime, como as figuras do arrependimento eficaz, o arrependimento posterior e a atenuante da confissão espontânea, não há propriamente estímulo ao reconhecimento da responsabilidade, senão como meio de diminuir a pena ou alcançar algum benefício processual.

Outros diferenciais entre as duas formas de justiça foram elencados por Zehr, um dos estudiosos mais citados sobre a matéria (Rolim: 2004).

Princípios

Nos vários lugares em que já é aplicada, a Justiça Restaurativa tem contornos próprios, mas podem ser identificados alguns princípios comuns que a caracterizam.

Não Punição e Reparação do Dano

Fundando-se no fato de que o crime provoca a ruptura na relação entre dois indivíduos e sendo desejável ao bem-estar geral que essa relação seja reconstituída, não interessa impor uma pena ao infrator, mas buscar a sua responsabilização de forma a fazê-lo reparar o dano causado.

Os danos a serem restaurados são os materiais, morais ou emocionais e a solução pode abranger, além da compensação financeira, pedidos de desculpa, compromisso de tratamento para alcoolismo ou drogadição, prestação de serviços, sem contar que o próprio procedimento, por suas peculiaridades, na maior parte das vezes já proporciona à vítima a almejada reparação moral ou emocional pelo seu empoderamento diante da situação, que decorre da possibilidade de ser ouvida para expor suas necessidades e ser atendida, contando ainda com apoio das pessoas da própria comunidade.

A solução para o conflito é alcançada a partir das conclusões dos próprios envolvidos, não havendo nenhuma espécie de imposição ou direcionamento para a elaboração do plano de atuação.

Voluntariedade

A participação no processo restaurativo só pode ocorrer se houver adesões voluntárias do ofensor e da vítima, que devem ser informados acerca

do procedimento, objetivos e convencidos a buscar essa forma de solução, mas jamais poderão ser induzidos ou pressionados.

Evidentemente, durante o processo de convencimento as partes devem ser informadas sobre a possibilidade de recorrerem ao processo tradicional para tentar resolver o conflito. Porém, isso não pode ser utilizado como forma disfarçada de coerção para obter a adesão do infrator à via restaurativa, sob pena de frustrar a meta restaurativa, que é recompor o vínculo rompido com a prática da infração.

Responsabilidade Ativa

O reconhecimento da responsabilidade pelo infrator é o primeiro passo para se chegar ao acordo restaurativo, já que ele também participa de sua elaboração e contribui diretamente para a busca de soluções para o conflito.

Trata-se da denominada responsabilidade ativa, na qual o ofensor reconhece que praticou o delito, encontra-se voluntariamente com a vítima, conhece de que modo ela foi afetada pelo crime e compartilha sua dor, nascendo a partir daí o esforço para reparar o prejuízo mediante a construção do plano de ação a ser executado.

Participação da comunidade

Além das partes diretamente envolvidas no fato, participam do círculo restaurativo os *facilitadores,* pessoas da comunidade previamente treinadas para conduzir os trabalhos, além dos *apoios* levados pelas partes, que podem ser familiares, amigos, vizinhos, advogados, professores, psicólogos, enfim, qualquer pessoa em quem vítima e ofensor confiem e que considerem importantes na discussão do problema.

Também participam os grupos de suporte, como organizações de mulheres, idosos, negros, homossexuais, bem como de tratamento para alcoólatras, drogados ou de controle da raiva, que estarão presentes se as circunstâncias do fato guardarem relação com o seu campo de atuação. O papel dos grupos é fortalecer a vítima para enfrentar o conflito (empoderamento), além de oferecer alternativas de encaminhamento no plano de atuação.

O interesse da comunidade decorre do fato de que esta também é vitimizada diante da sensação de insegurança que é gerada pelo crime

podendo o processo restaurativo, ao alcançar a reparação do dano, preservar a qualidade de vida comunitária (Walgrave: 2006).

Assim, nasce a possibilidade de incluir no plano de ação, medidas que não irão beneficiar somente a vítima, mas contribuirão para a prevenção criminal. Por exemplo, se A foi agredido por B quando passava à noite por uma praça sem iluminação, onde diversos jovens se reuniam para usar álcool e drogas, além de perturbarem a vizinhança, o plano pode incluir a busca de providências junto aos órgãos públicos para iluminar e cuidar da praça, policiar o local e implantar programas de esporte e lazer para ocupar os jovens e afastá-los dos vícios e de novos delitos.

Diálogo e respeito mútuo

O procedimento é oral e baseia-se no diálogo de todos os envolvidos. Não existe hierarquia ou predominância na participação de uma das partes, seus apoios ou dos suportes. Todos dão suas versões sobre o fato, apontam possíveis causas do conflito, descrevem como foram ou estão sendo afetados e procuram ajudar na elaboração de um plano de ação visando à restauração das relações afetadas e reparação dos danos.

Procedimento na Justiça Restaurativa

Uma das formas de aplicação da Justiça Restaurativa é o círculo restaurativo.

Na maioria das vezes, este é precedido de um pré-círculo, momento em que os envolvidos são informados sobre o procedimento e depois de ter o autor admitido sua responsabilidade, as partes são consultadas e manifestam sua concordância. São então orientados a comparecer a um novo encontro juntamente com seus apoios.

O círculo propriamente é conduzido por facilitadores treinados que dirigem os trabalhos e garantem que todos falem e ouçam. Se for ocaso, também estarão presentes representantes dos grupos de suporte para fortalecer a vítima ou oferecer alternativas de encaminhamentos.

Durante os debates, procura-se fazer com que o infrator perceba como sua conduta afetou outras pessoas e assuma responsabilidades, buscando formas de reparar os danos causados. Ao mesmo tempo, são esclarecidas as causas do conflito abrindo-se caminhos para que possam ser combatidas.

Ao final, elabora-se um plano de atuação que estabelece obrigações razoáveis e exequíveis e é assinado por todos. A comunidade apoiará e acompanhará a execução do plano, que pode ou não ser submetido à homologação judicial.

Na maioria dos casos, esses dois encontros são suficientes para a elaboração do plano, mas se necessário, um outro círculo pode ser agendado, até mesmo com participação de novas pessoas.

Decorrido o prazo fixado, realiza-se novo encontro para avaliar se houve possibilidade de execução do plano ou se são necessários ajustes. Em caso de descumprimento, não é descartada a realização de novo círculo, mas em nenhum momento este terá qualquer aspecto sancionador em razão da frustração da execução do plano anterior, pois o objetivo a ser alcançado é sempre a reconciliação.

Esse procedimento não é absoluto e apresenta diversificações em muitos lugares, ora incluindo discussões mais amplas para definir obrigações da comunidade, ora integrando-se as práticas restaurativas à justiça convencional, e ainda incluindo medidas de efeito curativo e terapêutico ou usando as técnicas restaurativas para preparar o retorno do condenado ao convívio social após a prisão.

Justiça Restaurativa e democracia

A participação ativa dos envolvidos e da comunidade nas práticas restaurativas resulta num processo de inclusão na busca pela justiça, no qual todos são colocados em nível de igualdade e tem suas necessidades expostas criando condições para o encontro de soluções que extrapolam os limites do conflito e refletem-se no meio social.

Além disso, estando associada à ideia de reconciliação, apaziguamento e reatamento de relações desfeitas pelo ato delituoso, a restauração obtida entre os envolvidos em um conflito doméstico pode se repetir para um delito que envolveu um grupo maior de pessoas de uma mesma vizinhança e, nessa escalada, como anota Braithwaite (2006), pode promover uma verdadeira reconciliação nacional.

O mesmo autor observa que, paradoxalmente, com o passar do tempo as decisões judiciais passaram a ser cada vez menos democráticas e mais

profissionalizadas criando-se um fosso entre os julgadores e os destinatários de suas decisões.

Embora a profissionalização dos operadores do direito não seja um mal em si, ao contrário, traz um grau de conhecimento técnico necessário ao manejo correto da legislação, que é inacessível ao leigo, não se pode ignorar que mesmo quando o devido processo legal é observado, a interpretação dos fatos é feita por especialistas (juiz, promotor, advogado), cujas perspectivas de vida muitas vezes são bem distantes das partes envolvidas no processo, o que pode frustrar as expectativas dessas pessoas de ver a sua noção de justiça realizada.

Toews e Zehr (2006) consideram que a busca pela verdade real no processo é relativa porque os fatos são amoldados a uma norma penal sem considerar muitas vezes o sentido do crime no contexto em que foi praticado, e o resultado disso é que vítima e infrator são distanciados do que ocorre no processo.

A Justiça Restaurativa pretende reverter esse quadro e dar voz aos envolvidos para que eles mesmos busquem suas soluções para o conflito (Braithwaite: 2006), objetivo que está em total conformidade com o ideal democrático de participação popular nas decisões acerca de seus direitos.

Experiências com a Justiça Restaurativa em outros países

A Resolução 2002/12 do Conselho Social e Econômico da ONU estabeleceu alguns princípios para orientar programas de Justiça Restaurativa nos países, dentre os quais a existência de indícios mínimos do crime, o consentimento das partes, a fixação de acordos razoáveis, a não utilização da admissão da culpa em eventual processo criminal e a consideração das diferenças culturais, econômicas e outras entre as partes na solução do caso.

O Canadá, na década de 1970, foi o primeiro país a adotar oficialmente técnicas restaurativas baseadas na tradição do povo aborígene nativo daquele país.

Na Nova Zelândia, na década de 1980, práticas restaurativas inspiradas na tradição da comunidade *maori* passaram a ser usadas para resolver conflitos envolvendo jovens, as populações nativas e adultos em

geral, mas, ao contrário de outros lugares, esses procedimentos são aplicados para crimes graves e não para os delitos mais leves.

Nos EUA, a Justiça Restaurativa é aplicada predominantemente para a criminalidade juvenil. Há encontros entre os jovens infratores, vítimas e membros da comunidade onde são feitos acordos para reparar os danos, que são alternativos ao processo regular. Também há grupos voluntários de suporte às vítimas e em alguns estados, práticas restaurativas são aplicadas na fase de execução da pena, mesmo em crimes graves como o homicídio, através de encontros entre o réu e familiares das vítimas para discussão das consequências do delito e formas de reparação.

Na Europa, em diversos países, a Justiça Restaurativa está associada a formas de mediação para obter reparação de danos.

Na África do Sul, o chamado modelo Zwelethemba de resolução de conflitos como agressões, estelionatos e até crimes graves, como o estupro, possui traços marcadamente restaurativos, com forte envolvimento da comunidade, mas, de modo pragmático, privilegia a busca de solução que venham a evitar que o fato se repita em detrimento da reconstrução de relações eventualmente rompidas com o conflito (Froestad e Shearing: 2005). As partes, familiares e representantes da comunidade reúnem-se nos chamados “círculos de paz”, onde inicialmente se promove o apaziguamento do conflito *(peace making).* Num segundo momento, se estabelecem as bases do acordo que visa a garantir que o problema não ocorrerá novamente criando-se mecanismos para a convivência pacífica *(peace building).*

Experiências com a Justiça Restaurativa no Brasil

Atualmente o Ministério da Justiça, através da Secretaria da Reforma do Judiciário, promove três projetos piloto de Justiça Restaurativa no Brasil, em Brasília/DF, Porto Alegre/ RS e São Caetano do Sul/SP.

Nesta última já está em funcionamento há mais de um ano o projeto que une justiça e educação mediante a criação de círculos restaurativos nas escolas para resolver conflitos entre adolescentes. Agora está em fase de implantação a Justiça Restaurativa em alguns procedimentos do juizado especial criminal.

A aplicabilidade da Justiça Restaurativa para todo tipo de delito não é matéria pacífica, e nos países em que ela vem sendo adotada há diferentes

soluções para sua utilização, como já mencionado. No aspecto processual, as medidas restaurativas podem ser usadas na fase pré-processual ou além dela, inclusive na fase de execução da pena.

No Brasil, o princípio da obrigatoriedade da ação penal, apesar de mitigado pela Lei 9099/95, não permite a utilização do círculo restaurativo em lugar do processo tradicional em todas infrações penais.

Por isso, com base na legislação hoje existente, o projeto de São Caetano do Sul prevê a aplicação do procedimento restaurativo em delitos como lesão corporal, ameaça, injúria e calúnia, que são de ação penal pública condicionada ou de ação penal privada, suspendendo-se o processo enquanto é tentada a reconciliação dos envolvidos em círculos restaurativos.

Inicialmente estão sendo encaminhados somente os delitos relacionados a situações de violência doméstica ou conflitos de vizinhança, já que levantamento realizado entre as polícias no município revelou que mais da metade das ocorrências atendidas são voltadas a essas infrações, resultando na imobilização do contingente policial para o enfrentamento de crimes mais graves (Melo: 2006), o que por si só já justifica a procura por uma nova forma de solução de tais litígios.

Isso, porém, não significa que outras infrações não possam ser abrangidas mais tarde, como os crimes de médio potencial ofensivo, que permitem a suspensão do processo, abrindo caminho para que a reparação do dano possa ser tentada pela via restaurativa.

Atuação do Promotor De Justiça

O Promotor de Justiça atua nesse projeto de Justiça Restaurativa como *derivador,* identificando os casos em que essa forma de resolução de conflitos poderia ser aplicada. Havendo acordo, ele o analisa a fim de verificar se as obrigações são razoáveis e opina quanto à sua homologação. Por fim, se o plano de ação não for executado, pode dar prosseguimento à ação penal.

A partir da discussão das causas dos conflitos individuais muitas vezes são identificados problemas mais abrangentes que afetam a comunidade e refletem-se nas causas dos conflitos, como a falta de programas de atendimento a alcoólatras ou viciados, negligência na manutenção de espaços públicos, inexistência de vagas em escolas ou

creches, falta de fiscalização no funcionamento de bares, etc. Nesses casos, o promotor pode, com base nas soluções apontadas pela comunidade, vislumbrar novas possibilidades de atuação e fazer uso das ferramentas já disponíveis na legislação, como o inquérito civil, o termo de ajustamento de conduta, a audiência pública e ação civil pública para dar um alcance mais geral a essas medidas e cumprir com maior eficiência uma das funções da instituição, que é a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Evidentemente, há dificuldades enormes a serem vencidas, como a definição de estratégias eficazes para envolver a comunidade e conseguir a adesão de voluntários, ou o trabalho de convencimento das polícias quanto à validade da via restaurativa. Mas talvez os maiores desafios para o promotor sejam a mudança de postura em relação à criminalidade, que exige deixar de ver no processo apenas um fato a ser enquadrado na norma penal com o objetivo de apontar um culpado e impor uma punição, além da busca de uma atuação mais presente na comunidade que não se restrinja ao trabalho burocrático, o qual, se não deixa de ser necessário, está longe de ser o único meio de desempenhar bem o papel de agente político.

Conclusão

É preciso acreditar, diante dos sinais evidentes de esgotamento do modelo retributivo, que os procedimentos restaurativos são alternativas promissoras no trato com a criminalidade *e* podem levar a resultados mais significativos através da restauração das relações sociais, objetivo final de uma sociedade mais humana e justa.

Bibliografia

BRAITHWAITE, John. *Entre a proporcionalidade e a impunidade: confrontação, verdade, prevenção*. In: Slakmon, Catherine; Machado, Maíra Rocha; Bottini, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília, Ministério da Justiça, 2006.

FROESTAD, Jan; SHEARING, Clifford. *Prática da justiça – o modelo Zwelethemba de resolução de conflitos*. In Slakmon, C., R. de Vitto e R. Gomes Pinto (Orgs.). *Justiça Restaurativa*. Brasília, Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

MELO, Eduardo Rezende. *Comunidade e justiça em parceria para a promoção de respeito e civilidade nas relações familiares e de vizinhança: um experimento de justiça restaurativa e comunitária. Bairro Nova Gerty, São Caetano do Sul-SP*. In: Slakmon, Catherine; Machado, Maíra Rocha; Bottini, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília, Ministério da Justiça, 2006.

ROBERTS, Albert R. *Helping Crime Victims*. USA, Sage Publications, 1990

ROLIM, Marcos. Justiça Restaurativa: para além da punição. In: Rosa, João Abílio de Carvalho (Org.). *Justiça Restaurativa – um caminho para os direitos humanos?* Porto Alegre, IAJ, 2004.

TOEWS, Barb; ZEHR, Howard. *Maneiras de conhecer para uma visão restaurativa do mundo.* In: Slakmon, Catherine; Machado, Maíra Rocha; Bottini, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília, Ministério da Justiça, 2006.

WALGRAVE, Lode. *Imposição da restauração no lugar da dor: reflexões sobre a reação judicial ao crime*. In: Slakmon, Catherine; Machado, Maíra Rocha; Bottini, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília, Ministério da Justiça, 2006.

A INCLUSÃO SOCIAL E O RECONHECIMENTO DA UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS: DA TOLERÂNCIA ÀS AÇÕES AFIRMATIVAS

Fernanda Leão de Almeida
Promotora de Justiça em São Paulo e associada do Ministério Público Democrático – MPD.

Apresentação

Em consideração ao atual panorama de desagregação da humanidade, o presente trabalho tem por objetivo tecer algumas considerações sobre o reconhecimento da universalidade dos direitos humanos, à luz do critério da tolerância ao exercício das clássicas liberdades individuais, em contraposição às ações afirmativas, como relevante ferramenta para a eliminação de quadros de desigualdade substancial entre indivíduos ou grupos de pessoas.

A discriminação social: um rápido apanhado sobre suas causas e consequências

Tomada como um conjunto de opiniões equivocadas sobre grupos de pessoas, a força do preconceito, em seu aspecto coletivo, reside no fato de que a crença na verdade de precários julgamentos de valor correspondem aos desejos, paixões e interesses dos que neles creem.

Na vida comunitária, o preconceito coletivo, quase sempre, implica a superposição de uma desigualdade social a uma diversidade natural existente entre os homens. É o que, por exemplo,

> ocorreu precisamente na questão feminina. É evidente que entre homem e mulher existem diferenças naturais. Mas a situação feminina que os movimentos feministas refutam é uma a qual à diversidade natural se acrescentaram diferenças de caráter social e histórico, que não são justificadas naturalmente, e que, sendo um produto artificial da sociedade dirigida por homens, podem (ou devem) ser eliminadas.[1]

[1] Norberto Bobbio, A natureza do preconceito, in *Elogio da serenidade e outros escritos morais,* Ed. UNESP, p. 113.

O reflexo nocivo do preconceito coletivo é a discriminação social que, como um processo, em um primeiro momento funda-se justamente na constatação da diversidade natural entre grupos de pessoas. Desta constatação deflui, sempre de forma acrílica, um ulterior juízo de valor, no sentido da consideração da superioridade de um dos grupos em relação ao outro, em direta correlação com os aspectos relacionados às suas diferenças; para, em uma terceira etapa, culminar na conclusão de que o grupo inferior deve ser explorado, subjugado e até mesmo eliminado pelo o que a ele se sobrepõe.[2]

O processo de práticas discriminatórias está permeado por doutrinas pretensamente baseadas em dados científicos, e que seriam, por conseguinte, suscetíveis de demonstração. O racismo parte do infundado postulado de que a humanidade está dividida em raças diversas, avançando no sentido de que algumas são superiores a outras, exatamente por força das características que as diferenciam. Por isso, em última instância, seria justificável a dominação e a eliminação de raças supostamente inferiores por aquelas que estariam em um nível de superioridade.

Nesse contexto, encontram-se as consequências resultantes do processo de discriminação de grupos de indivíduos, no seio de organizações políticas e sociais, com o realce à perseguição política, quando o uso da força se fez presente para eliminá-los.

No curso da história, quadros de segregação social, gerados ou acirrados pelo preconceito deram ensejo a grandes conflitos entre povos e nações. Foram os terríveis projetos de dominação e destruição de povos considerados inferiores que ensejaram a deflagração da Segunda Guerra Mundial, "lembrando os episódios de conquista das Américas a partir dos descobrimentos".[3]

Do preconceito nacional à exclusão social: o papel da tolerância

Atualmente, não é difícil perceber que a expansão, cada vez mais veloz, do fenômeno da globalização econômica acaba produzindo, em

[2] Cf. Norberto Bobbio, A natureza do preconceito, in *Elogio da serenidade...,* ob. cit., pp. 107-110.
[3] Fábio Konder Comparato, *A afirmação histórica dos direitos humanos,* Saraiva, 4ª ed., p. 210.

idêntica escala, um crescente processo de exclusão social, consubstanciado em grandes fluxos imigratórios provocados pela miséria e escassez de emprego nos países periféricos e em desenvolvimento.

> Tecnologias que efetivamente se livram do tempo e do espaço precisam de pouco tempo para despir e empobrecer o espaço. Elas tornam o capital verdadeiramente global; fazem com que todos aqueles que não podem acompanhar nem deter os novos hábitos nômades do capital, observem impotentes a degradação e o desaparecimento do seu meio de subsistência e se indaguem de onde surgiu a praga. As viagens globais dos recursos financeiros são talvez tão imateriais quanto a rede eletrônica que percorrem, mas os vestígios locais de sua jornada são dolorosamente palpáveis e reais: o 'despovoamento qualitativo', a destruição das economias locais outrora capazes de sustentar seus habitantes, a exclusão de milhões de impossíveis de serem absorvidos pela nova economia global.[4]

Do processo de imigrações em massa resultam conflitos étnicos em centros urbanos de países desenvolvidos do chamado Primeiro Mundo, até então identificados como núcleos de integração social e de estabilidade.

Concomitantemente, a destruição das torres gêmeas em Nova York, em 11 de setembro de 2001, e os ataques terroristas que se sucederam no continente europeu, aumentam as tensões derivadas da contraposição entre o Ocidente e o Oriente, colocando em destaque, no panorama internacional, o debate sobre a tolerância, seus limites e pressupostos específicos.

Emerge a ideia do preconceito nacional, em que a percepção de um povo como diverso por outro decorre da necessidade de identificação deste último. O preconceito acaba por contribuir para a identificação de um povo através de um juízo de valor negativo que os seus indivíduos fazem de povos de outras nações.

Do juízo de valor em torno da constatação da diversidade de um povo por outro, no sentido de afirmação de sua própria identidade, derivou o chamado eurocentrismo, a partir da contraposição entre gregos e persas.

Por outro lado, o critério da tolerância emanou no campo das controvérsias religiosas. Na esteira da liberdade de religião, o nascimento da

[4] Zygmunt Bauman, *Globalização — as consequências humanas,* Jorge Zahar Ed., 1999, pp. 82-83.

Europa moderna caracterizou-se pelo espírito laico, com Estados não confessionais, para o subsequente advento do direito à liberdade de consciência.

Mas as guerras religiosas entre católicos e protestantes, que deram origem ao princípio da tolerância defendido por Locke no século XVII, eclodiram, na verdade, entre iguais, isto é, entre aqueles que partilhavam da mesma fé em Cristo. Daí porque, após a Reforma, podia não ser tão simples para os católicos a oposição a outros cristãos, ainda que os julgassem maculados pela heresia.[5]

No modelo de tolerância das sociedades liberais, o indivíduo representa a unidade de constituição da vida associativa, afirmando-se

> o particular e o individual, e nunca o que pretende a universalidade. Assim, o indivíduo liberal terá direito a professar a fé que quiser e a escolher o grupo de opinião que desejar, desde que continue a participar da vida política como um produto único de escolha individuais.[6]

Nas palavras de John Locke,

> o único assunto da igreja é a salvação das almas e não interessa à comunidade ou a qualquer dos seus membros que esta ou outra cerimônia nas assembleias religiosas traga vantagem ou prejudique a vida, a liberdade, ou a propriedade de qualquer pessoa.[7]

Desse modo concebido, o critério de tolerância nunca pôde guiar as relações com outro projetado na figura do Oriente. E a ideia de civilização do século XVIII acentuou a contraposição entre o bárbaro e o civilizado, funcionando como um operador radical das diferenças entre os povos.

Realmente, a ideia de civilização fornece para as nações europeias uma importante ferramenta para a construção de suas identidades e aos traçados de suas fronteiras. Com a recriação da

> figura do bárbaro, a civilização foi paulatinamente ocupando o lugar que pertenceu à religião. Ora, assim como os bárbaros não evoluíam

[5] Cf. Newton Bignotto, Tolerância e Diferença, in *Civilização e Barbárie,* Adauto Novaes (org.), Companhia das Letras, 2004, p. 71.
[6] Newton Bignotto, Tolerância e Diferença, in *Civilização e...,* ob. cit., p. 66.
[7] *Cartas sobre tolerância,* trad. Jeane B. Duarte Rangel, Fernando Dias Andrade, Ícone, 2004, p. 93.

> na óptica dos gregos, o mesmo acontecerá com as nações e povos que não se mostraram capazes de seguir o fluxo das Luzes.[8]

Em nossos tempos, os mencionados ataques terroristas conjugados à onda massiva de imigração em direção aos países desenvolvidos, suscitam a questão da tolerância, posta como condição ao exercício dos direitos individuais do liberalismo clássico.

O que está em jogo não são meros atos criminosos de ataques a civis, mas o desafio à identidade cultural de nações edificadas sob o manto de um ideal de civilização que, não obstante se volte à aceitação passiva da diferença e da multiplicidade humana, não foi arquitetado para incorporá-las no seio de suas organizações políticas.

Por essa razão, no momento em que aquela identidade é colocada em uma situação de risco, de ruptura, altera-se o referencial de tolerância e, via de consequência, do que é possível aceitar. No cotidiano das nações ocidentais, o rosto do bárbaro e, portanto, do intolerável, passa a ser projetado de maneira abstrata e indefinida, ocorrendo uma perigosa aproximação com o diferente.[9] E, agravados pelo quadro de exclusão social decorrente do fenômeno da globalização econômica, a irrupção de graves conflitos étnicos torna-se inevitável, revelando a inaptidão do critério de tolerância, como forma de garantir a todos até mesmo o exercício das clássicas liberdades individuais, ao ensejo do que a civilização do mundo ocidental firmou-se por mais de três séculos.

É, portanto, emergencial a consolidação de novos paradigmas capazes de interromper a aceleração do processo de desagregação dos povos, sinalizando alguma perspectiva de integração da humanidade em torno de valores universais.

A universalidade dos direitos humanos: a superação do relativismo cultural

Com o respeito integral aos direitos humanos e ao combate a inaceitáveis manifestações de marginalização social, é necessária uma educação pautada por valores universais.

[8] Newton Bignotto, Tolerância e Diferença, in *Civilização e...,* ob. cit., p. 72.
[9] Cf. Newton Bignotto, Tolerância e Diferença, in *Civilização e...,* ob. cit., pp. 74-77.

> A educação para a cidadania democrática consiste na formação de uma consciência ética que inclui tantos sentimentos como razão; passa pela conquista de corações e mentes, no sentido de mudar mentalidades, combater preconceitos, discriminações, e enraizar hábitos e atitudes de reconhecimento da dignidade de todos, sejam diferentes ou divergentes; passa pelo aprendizado da cooperação ativa e da subordinação do interesse pessoal ou de grupo ao interesse geral, ao bem comum. Se falarmos em ética, trata-se de confirmar valores; nesse sentido, a educação para a democracia inclui o desenvolvimento de virtudes políticas decorrentes dos valores republicanos e democráticos.[10]

Foram essas diretrizes que inspiraram, depois do massacre da Segunda Guerra Mundial, a fundação das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, cristalizando o processo de internacionalização dos direitos humanos, sob os traços de universalidade e indivisibilidade a caracterizá-los, em intrínseca correlação.

> Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e a titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais, e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter- relacionada, capaz de conjugar o catálogo dos direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.[11]

O caráter universal dos direitos humanos encontra, entretanto, uma significativa resistência no movimento denominado relativismo cultural, no sentido da pluralidade cultural existente entre povos e nações impedir a formação de uma moral de abrangência universal. Em cada sociedade residiria uma noção sobre direitos fundamentais, em consonância com suas especificidades culturais e históricas; e estritamente relacionadas ao seu sistema político.

[10] Maria Victoria Benevides, Democracia de iguais, mas diferentes. In *Mulher e política — Gênero e feminismo no Partido dos Trabalhadores,* Ângela Borba et al (orgs.), Fundação Perseu Abramo, 1998.
[11] Flavia Piovesan, Desafios e perspectivas dos direitos humanos: a inter-relação dos valores liberdade e igualdade, in *Os novos conceitos do novo direito internacional — cidadania, democracia e direitos humanos,* Danielle Annoni (org.), América Jurídica, 2002, p. 187.

> Na análise dos relativistas, a pretensão de universalidade desses instrumentos simboliza a arrogância do imperialismo cultural do mundo ocidental, que tenta universalizar suas próprias crenças. A noção universal de direitos humanos é identificada como uma noção construída pelo modelo ocidental. O universalismo induz, nesta visão, à destruição da diversidade cultural.[12]

No entanto, não há, a bem da verdade, como deixar de recorrer a um paradigma ético universal, que permita afastar práticas abjetas, como a excisão, o tráfico de crianças ou escravidão. É preciso

> supor que, qualquer que seja seu local de nascimento e sua expressão específica, existem valores humanos universalizáveis: do contrário, cada cultura permanece encerrada em sua própria ideia específica de humanidade, e ninguém pode criticar nenhuma prática, nenhum uso, nenhum costume de outra cultura, qualquer que seja ela – inclusive, portanto, a sua própria.[13]

Sob a ótica da universalidade dos direitos, o ideal de civilização acaba assumindo uma roupagem mais autêntica ao se distanciar de uma cultura específica para configurar exatamente

> a forma que permite a existência das culturas humanas em sua diversidade e, por conseguinte, em sua coexistência. Para dizê-lo negativamente: a barbárie não é uma prática humana, um costume humano e tampouco uma cultura humana específica, é uma prática, um costume, uma cultura que se define pelo fato de negar tal ou tal forma específica de humanidade.[14]

Se assim é, por resultarem de uma cultura avessa à ideia de existência de valores universais, ataques terroristas, como o de 11 de setembro de 2001, inserem-se, por certo, no plano da barbárie. Mas a contrapartida do Ocidente deveria ter sido, então,

> uma luta sem hipocrisia, não em nome da ideia do Bem ou da civilização, mas em nome da luta pela diversidade da humanidade, da qual todas as civilizações são garantia.[15]

[12] Idem, p. 194.
[13] Francis Wolff, Quem e bárbaro? In *Civilização e Barbárie,* Companhia das Letras, 2004, p. 37.
[14] Idem, p. 40.
[15] Idem, p. 43.

A presente linha de raciocínio se, de um lado, enfraquece sobremaneira os fundamentos que servem de lastro ao movimento do relativismo cultural, de outro, não deixa de evidenciar a iminente necessidade do reconhecimento global dos direitos inerentes à condição humana e de sua efetiva realização.

> Admitir direitos humanos significa estar ativamente decidido que o reconhecimento do humano pelo humano equivale ao reconhecimento de direitos por parte de outro sujeito desses mesmos direitos. Não é tanto que o homem tenha estes ou aqueles direitos, mas que o direito a ser homem (entendendo como tal o sujeito de direito) é um estatuto consciente e voluntário que os homens devem moralmente conceder uns aos outros.[16]

Percuciente é aqui a visão de Hannah Arendt, [17] ao conceber a cidadania como o direito a ter direitos, considerando a igualdade inerente à condição humana, como requisito intransponível ao reconhecimento da dignidade essencial que a reveste.

Com efeito,

> os direitos humanos partem de um pressuposto que nunca pode ser de todo arrazoado, porque serve como fundamento para arrazoar: nesse caso, o pressuposto de que o que aproxima cumplicentemente todos os homens como indivíduos é mais digno de estima e perpetuação que aquilo que os diferencia como membros de diversos coletivos políticos e culturais.[18]

Da tolerância às ações afirmativas: a busca da solidariedade universal

Nesse passo, cai por terra o critério da tolerância, como a simples aceitação das diversidades e da multiplicidade humana em comunidades políticas e culturais. A aceitação do diferente está muito aquém de seu real reconhecimento, obstando-lhe a percepção de si mesmo como "um igual

[16] Fernando Savater, *Ética como amor-próprio,* Martins Fontes, 2000, p. 301.

[17] Cf. *Origens do totalitarismo,* trad. Roberto Raposo, Companhia das Letras, 1999, pp. 300 e seguintes.

[18] Fernando Savater, *Ética como amor-próprio,* ob. cit., p. 301. Cf. também Tenence Tumer, Human Rights, human difference: anthropology's contribution to an emancipatory cultural politics, *Journal of Anthropological Research,* vol. 53, 2005, pp. 289-290; e Elizabeth M. Zechenter, In the name of culture: cultural relativism and abuse of the individual, *Journal of Anthropological Research,* vol. 53, 2005, pp. 342-342.

entre iguais", na medida em que continua sendo mantido à distância, deixando de integrar aqueles contextos sociais.[19]

A preponderância do reconhecimento do caráter universal dos direitos humanos, na qualidade de pressuposto inafastável, sua efetiva realização em toda e qualquer organização política ou social, depende do abandono do critério da tolerância, como a aceitação passiva do diferente, para a assunção das ações afirmativas, de sorte a integrá-lo no seio das coletividades.

A perda dos direitos humanos

> coincide com o instante em que a pessoa se torna um ser humano em geral – sem uma profissão, sem uma cidadania, sem uma opinião, sem uma ação pela qual se identifique e se especifique – e diferente em geral, representando nada além de sua individualidade absoluta e singular, que, privada da expressão e da ação sobre um mundo comum, perde todo significado.[20]

Em atenção ao princípio da igualdade essencial de todo ser humano,

> o pecado capital contra a dignidade humana consiste, justamente, em considerar e tratar o outro – um indivíduo, uma classe social, um povo – como um ser inferior, sob pretexto da diferença de etnia, gênero, costumes ou fortuna patrimonial. Algumas diferenças humanas, aliás, não são deficiências, mas, bem ao contrário, fontes de valores positivos e, como tal, devem ser protegidas e estimuladas.[21]

A igualdade de todos perante a lei é princípio regente nos ordenamentos jurídicos da atualidade, tanto no plano internacional, como no das organizações políticas estatais. E o principal fundamento das ações afirmativas é a violação de tal matriz, tomada em seu aspecto material. A questão aponta para a necessidade de eliminação dos quadros de

[19] Cf. Thomas Leithauser, Por uma microfisica da tolerância, in *Democracia hoje — novos desafios para a teoria democrática contemporânea,* Jessé Souza (org.), Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 443.

[20] Hannah Arendt, *Origens do totalitarismo,* trad. Roberto Raposo, Companhia das Letras, 1999, p. 336.

[21] Fábio Konder Comparato, *A afirmação histórica dos...,* ob. cit., p. 226.

marginalização de seres humanos, como forma de assegurar que todos possam ser efetivamente amparados, de idêntico modo, pela lei.[22]

> Por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e os atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimentosas para os atingidos.[23]

Ao conjugar as noções de justiça corretiva e equidade, sobressai também, a contrário senso, a lição de Aristóteles que coloca a origem do problema no

> fato de o equitativo ser justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda lei é universal, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. (...) Por conseguinte, quando a lei estabelece uma lei geral e surge um caso que não é abarcado por essa regra, então é correto (visto que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade) corrigir a omissão, dizendo o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse previsto o caso em pauta.[24]

Como se vê, para efetivar o processo de igualdade entre os homens, a simples tolerância à diversidade não é suficiente ao rompimento de situações e práticas discriminatórias injustificáveis, em crescente expansão e escala universal. Daí a importância da adoção de providências capazes de, concretamente, elevar ao seio da coletividade grupos ou indivíduos socialmente vulneráveis.

---

[22] A reboque de previsões, genericamente, contidas na Declaração Universal de 1948 e nos Pactos de 1966, apontando à transposição do reconhecimento da igualdade apenas em seu aspecto formal, o cenário jurídico internacional não deixou de consagrar políticas de ação afirmativa: Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher; Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, e a Convenção sobre os direitos da criança.

[23] Celso Antônio Bandeira de Mello, *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade,* Malheiros, 1994, p.18.

[24] *Ética a Nicômaco,* Martin Claret, 2004, p. 125.

Ações afirmativas são medidas de cunho especial e transitório, realizadas voluntária ou compulsoriamente em uma esfera organizacional. Visam superar os efeitos iníquos, constantes e, por vezes, históricos, de desvantagens impostas indevidamente a segmentos sociais. O alvo das ações afirmativas são os que estão sujeitos a um padrão de inferioridade e discriminação, vendo-se distantes das mínimas condições de equidade em relação a aspectos fundamentais do exercício da cidadania, como o acesso à educação, moradia, postos de trabalho, entre outras prestações indissociáveis da ideia de uma existência digna. Conforme o caso, podem ser mulheres, negros, índios, homossexuais, além, é claro, da gama de pessoas em franca situação de carência de recursos materiais. Na qualidade de políticas compensatórias adotadas para remediar os reflexos de um processo de discriminação, as ações afirmativas destinam-se à consecução do princípio da igualdade material, sempre à luz do respeito à pluralidade e diversidade humana.

Mas não é só. Cumpre ainda retomar a concepção de liberdade da Antiguidade clássica. É que

> (...) só na polis para aqueles que conseguem superar as necessidades vitais (alimentação, procriação), o homem adquire o status de eléuteros, cidadão entre cidadãos.[25]

Discorrendo sobre a liberdade dos antigos comparada à dos modernos, Benjamin Constant esclareceu consistir a primeira

> em exercer coletiva, mas diretamente, várias partes da soberania inteira, em deliberar na praça pública sobre a guerra e a paz, em concluir com os estrangeiros tratados de aliança, em votar as leis, em pronunciar julgamentos, em examinar as contas, os atos, a gestão dos magistrados; em fazê-los comparecer diante de todo um povo, em acusá-los de delitos, em condená-los ou em absolvê-los; mas, ao mesmo tempo, consistia nisso o que os antigos chamavam liberdade, eles admitiam, como compatível com ela, a submissão completa do indivíduo à autoridade do todo.[26]

---

[25] Tercio Sampaio Ferraz Junior, Estudos de Filosofia do Direito — Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito, Atlas, 2ª ed., p. 84.

[26] Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos, in *Filosofia política,* Promoção conjunta do curso de pós- graduação em Filosofia da Universidade Federal do Rio Grande

Nesse sentido, revela-se a importância da inserção da pluralidade humana no espaço público

> que torna os homens iguais por meio da lei – nomos. Por isso, perder o acesso à esfera do público significa perder o acesso à igualdade. Aquele que se vê destituído de cidadania, ao ver-se limitado à esfera do privado, fica privado de direitos, pois estes só existem em função da pluralidade dos homens, ou seja, da garantia tácita de que os membros de uma comunidade dão-se uns aos outros.[27]

Premidos pela vontade geral, como pressuposto ético de regeneração cívica da humanidade, avulta também o ideal do pacto de Rosseau, em torno da união de todos à consecução do bem comum.

> O pacto social estabelece entre os cidadãos uma tal igualdade, que eles se comprometem todos nas mesmas condições e devem todos gozar dos mesmos direitos.[28]

Dessa forma, sob a inversão do cânone fundamental do liberalismo burguês, a matriz da igualdade representa pré-requisito para uma genuína constituição da liberdade civil.

Em complementação, tem-se, por fim, a solidariedade como

> o fecho de abóbada do sistema (...). Enquanto a liberdade e igualdade põem as pessoas umas diante das outras, a solidariedade as reúne, todas, no seio de uma mesma comunidade. Na perspectiva da igualdade e da liberdade, cada qual reivindica o que lhe é próprio. No plano da solidariedade, todos são convocados a defender o que lhes é comum. (...) cada qual zela pelo bem de todos e a sociedade pelo bem de cada um de seus membros.[29]

Conclusão

Por corresponder às paixões e desejos dos que nelas passam a crer, as opiniões equivocadas que revestem o preconceito guardam uma inegável

do Sul e do Departamento de Filosofia da Universidade de Campinas, com apoio do CNPQ, n. 2, 1985, p. 11.

[27] Celso Lafer, A reconstrução dos direitos humanos — um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, Companhia das Letras, 2001, p. 152.

[28] *Do contrato social,* Livro II, cap. IV, ob. cit., pp. 97-98.

[29] Fábio Konder Comparato, *Ética — direito, moral e religião no mundo moderno,* Companhia das Letras, 2006, p. 577.

força persuasiva. E o reflexo, no seio das coletividades, é, em muitas circunstâncias, a discriminação social de grupos de pessoas, por vezes em minoria, tidos, acriticamente, como inferiores por outros, em função de suas diversidades.

No curso da história, perversas práticas discriminatórias eclodiram e acirraram- se em razão do preconceito que, sob o aspecto nacional, é uma ferramenta utilizada para a identificação de um povo, através do juízo de valor negativo que incide sobre integrantes de outras nações.

Os sangrentos dissensos religiosos do século XVII deram lugar à matriz da tolerância preconizada por Locke. Buscava-se superar as diferenças religiosas para uma convivência pacífica entre aqueles que, na verdade, compartilhavam da mesma fé em Cristo. À mercê da liberdade de consciência, o indivíduo aparece como núcleo da unidade de constituição da vida associativa.

Assim concebida no plano do eurocentrismo, a tolerância manteve distante a contraposição entre Oriente e Ocidente, cuja origem remonta à Antiguidade.

Representando um importante instrumento para a construção das nações europeias e o traçado de suas fronteiras, a ideia de civilização do Século das Luzes não minimizou tal contraste.

Ataques terroristas a nações do chamado Primeiro Mundo, aliados à crescente onda imigratória de povos oriundos de países periféricos e em desenvolvimento, suscitam o debate sobre o atual papel da tolerância.

O cenário internacional não deixa dúvidas de que, quando a identidade de um povo é posta em risco, a reação ao desafio assume o mesmo tom; e, de forma paradoxal, justamente em franca dissonância do padrão de identidade sedimentado, há mais de três séculos, no mundo civilizado. E o critério de tolerância, como simples aceitação da multiplicidade humana, não mais permite aferir o que e quem é possível acatar. A face do bárbaro confunde-se com a do diferente, com a inevitável irrupção de conflitos étnicos de extrema gravidade no cotidiano das nações ocidentais.

Nesse contexto, avulta, então, a necessidade de uma educação em torno de valores universais, sob a perspectiva da existência de uma

humanidade comum, a despeito das diversidades naturais, culturais e históricas dos povos.

Essa concepção inspirou, depois do massacre da Segunda Guerra Mundial, a fundação das Nações Unidas e a Declaração Universal de 1948, dando início ao processo de internacionalização dos direitos humanos.

Ao contrário do que entendem os adeptos ao movimento do relativismo cultural, apenas a consolidação de uma moral de abrangência universal, com lastros nos ideais de liberdade, igualdade e solidariedade, afirmados no decorrer da história da humanidade, será capaz de integrar a multiplicidade humana, no âmbito de toda e qualquer organização política ou social.

Da tolerância, como a mera aceitação passiva do diferente, é imperioso avançar às ações afirmativas, como um valioso instrumento de inclusão social e integração da humanidade em torno de valores comuns, no comando dos princípios da igualdade, liberdade e solidariedade universal.

Bibliografia

ARENDT, Hannah. Origens do Totalitarismo – antissemitismo imperialismo totalitarismo, trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARISTOTELES. Ética à Nicômaco, trad. Pietro Nassatti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. São Paulo: Malheiros, 2005.

BENEVIDES, Maria Victoria. Democracia de iguais, mas diferentes. Mulher e política – Gênero e feminismo no Partido dos Trabalhadores, BORBA, Ângela et al (orgs.). São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1998.

BIGNOTTO, Newton. Tolerância e diferença. Civilização e barbárie. NOVAES, Adauto (org.). São Paulo: Companhia das Letras, 2004, pp. 61-77.

BOBBIO, Norberto. A natureza do preconceito. Elogio da serenidade e outros escritos morais, trad. Arco Aurélio Nogueira. São Paulo: Ed. UNESP, pp. 103-117.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 2005.

Ética – direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. Filosofia política, promoção conjunta do curso de pós-graduação em Filosofia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e do Departamento de Filosofia da Universidade de Campinas, com apoio do CNPQ, n. 2, 1985, pp. 9-25.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Estudos de Filosofia do Direito – reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. São Paulo: Atlas, 2ª ed., 2003.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LEITHAUSER, Thomas. Por uma microfísica da tolerância. Democracia hoje – novos desafios para a teoria da democracia contemporânea. SOUZA, Jessé (org.). Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2001, pp. 441-459.

PIOVESAN, Flávia. Desafios e perspectivas dos direitos humanos: a inter-relação dos valores liberdade e igualdade. Os novos conceitos do novo direito internacional – cidadania, democracia e direitos humanos. ANNONI, Danielle (org.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, pp. 185-209.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1999. Coleção Os Pensadores, vol. I.

SAVATER, Fernando. Ética como amor-próprio, trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 200.

TURNER, Terence. Human rights, human difference: anthropology's contribution to an emancipatory cultural politics. Journal of

Anthropological Research, vol. 53, 2005. New México: University of New México, 2005, pp. 273-291.

WOLFF, Francis. Quem é bárbaro? trad. Dorothée de Bruchard. Civilização e barbárie. NOVAES, Adauto (org.). São Paulo: Companhia das Letras, 2004, pp. 19-43.

ZECHENTER, Elizabeth M. In the name of culture: cultural relativism and the abuse of the individual. Journal of Anthropological Research, vol. 53, 2005. New México: University of New México, 2005, pp. 319-347.

ZIGMUNT, Bauman. Globalização – as consequências humanas, trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

O ACESSO AO DIREITO E À JUSTIÇA

Inês do Amaral Buschel
Fundadora e ex-coordenadora-geral do
Movimento do Ministério Público Democrático – MPD
e promotora de Justiça de São Paulo, aposentada

O Movimento do Ministério Público Democrático – MPD é uma organização não- governamental brasileira que congrega membros do Ministério Público da União e dos estados, e que tem dentre seus objetivos sociais a missão de

> democratizar o acesso à justiça, com o fortalecimento do Ministério Público e da Defensoria Pública, pressuposto básico do pleno exercício da cidadania, e a promoção das condições para que a liberdade e a igualdade das pessoas e dos grupos em que se integram sejam reais e efetivas, removendo os obstáculos que impedem e dificultam a sua concretização plena, facilitando a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social.

É, portanto, dentro deste espírito que, como associada do MPD, tentarei discorrer sobre a problemática de levar informação jurídica ao povo brasileiro e, por consequência, fazer com que a população tenha noções mínimas não só sobre o funcionamento da administração pública, mas também sobre a "máquina judiciária" que envolve além de juízes de direito, advogados, procuradores públicos, defensores públicos, procuradores da República, procuradores e promotores de justiça, cartorários, etc. É esse conhecimento que facilitará aos cidadãos e cidadãs compreender bem o significado do que é ter acesso à justiça.

O acesso ao Direito

É princípio basilar de Direito assegurar-se à coletividade o direito à informação jurídica. Nesse sentido, é o que nos ensina o mestre português Jorge Miranda, da Universidade de Lisboa, ao afirmar que:

> A primeira forma de defesa dos direitos é a que consiste no seu conhecimento. Só quem tem consciência dos seus direitos tem consciência das vantagens e dos bens que pode usufruir com o seu exercício ou com a sua efetivação, assim como das desvantagens e

dos prejuízos que sofre por não os poder exercer ou efetivar ou por eles serem violados.

Partindo-se dessa premissa, como é possível exigir-se de uma pessoa comum do povo, um comportamento estritamente condizente com as regras jurídicas vigentes em determinada sociedade, se a população não recebe instruções elementares sobre o funcionamento do sistema político-jurídico da nação, desconhecendo até mesmo a existência da Carta Política escrita por seus representantes sob a denominação de Constituição Federal?

Todos aprendemos no Ensino Fundamental as regras básicas do funcionamento do corpo humano e recebemos instruções mínimas de como proceder para mantermo-nos saudáveis. Há nas livrarias e bibliotecas distribuídas pelo país inúmeros folhetos, livros didáticos que nos instruem, por exemplo, sobre os primeiros socorros; como cuidar de um bebê; porque deixar de fumar, etc. Por conta dessas noções elementares, as pessoas acabam conhecendo as especialidades médicas, tais como a diferença entre um pediatra e um cardiologista, ou um ortopedista.

No entanto, com relação ao sistema jurídico, o que aprendemos no Ensino Fundamental? Quem conhece as especializações dos profissionais do direito? Como um cidadão poderá distinguir um juiz de direito de um promotor de justiça, ou, então, um advogado criminalista de um advogado trabalhista?

Quanto ao Direito em si, que é uma ciência muito complicada até para quem muito estudou, é preciso que tenhamos a exata compreensão de que quem faz as leis no Brasil ainda é, como já dizia o ilustre jurista Rui Barbosa – "*uma minoria que manda e desmanda*" e – acrescento eu – uma minoria que não tem entre suas preocupações a perfeita compreensão do que escreve por grande parte da população brasileira.

Dessa maneira, vemos que tanto quanto conhecer o direito já escrito é preciso cuidar também de fazer leis melhores, com textos compreensíveis e que nos defendam do arbítrio dos poderosos. Todavia, não basta editar cartilhas, já que percentual de brasileiros analfabetos absolutos é muito significativo, sendo na melhor das hipóteses cerca de 10% da população. Considere-se, ainda, outro percentual importante de analfabetos funcionais, aproximadamente 20% – pessoas que sabem ler, mas não compreendem o que leem – por isso é preciso dar prioridade à oralidade, ao ensino dialógico.

Acima de tudo, os profissionais do direito que se dispuserem a empreender essa luta pela difusão do conhecimento jurídico acumulado, terão de cuidar da própria linguagem. A ciência do Direito tem linguagem hermética e os educadores terão de aprender a harmonizá-la com a linguagem coloquial popular para que possam comunicar-se eficientemente com a população.

Todos os professores, de qualquer nível de ensino, deveriam estar capacitados a estabelecer ligação da disciplina de sua especialidade com os principais mandamentos constitucionais brasileiros. Por exemplo, na educação infantil, para crianças de 4 a 5 anos de idade, ao ensinar que todos merecem respeito independentemente da cor da pele, do sexo ou idade, o professor deveria referir-se a uma lei nacional que obriga todos os brasileiros a respeitar tal legislação, conforme determina o artigo 5º da Constituição Federal. O professor de biologia deveria transmitir aos alunos o inteiro teor do artigo 225 da Constituição Federal, que nos assegura o direito ao meio ambiente equilibrado; o professor de língua portuguesa ensinaria a seus alunos que, no artigo 13 da Carta Magna, está assegurado que essa língua é o idioma oficial do Brasil e assim por diante.

No nosso entender, a partir do conhecimento dessas informações surgirá o interesse das pessoas em aprofundar-se nas questões da cidadania. Sem isso, poucas oportunidades terão os indivíduos para deixar de viver na caverna onde prevalece a escuridão da ignorância e irem em busca de luz e dos direitos humanos.

A luta pela obtenção de conhecimento nos leva à libertação. Temos as lições históricas sobre esse conceito. A plebe romana lutou e acabou conquistando a Lei das XII Tábuas bem como a criação da figura do tribuno da plebe, que foi seu interlocutor junto à classe dominante da época, os assim chamados patrícios.

O direito pode e deve ser instrumento de transformação social. Se desejarmos que em nosso país prevaleça a paz social, teremos de usar os instrumentos oferecidos pelo Direito para dirimir com civilidade os conflitos surgidos em nossa sociedade.

Se a ignorância da lei não escusa ninguém, como dispõe o artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, é preciso que os detentores

desse conhecimento o compartilhem com os demais cidadãos que nada sabem a esse respeito.

O acesso à Justiça

No sentido mais usual, essa expressão significa ter a possibilidade de pleitear direitos perante os poderes da República. Num país tão pródigo em regras jurídicas, dificilmente uma pessoa comum poderá prescindir de um profissional versado em leis na ocasião em que necessite de esclarecimentos sobre seus direitos e deveres. A figura do advogado torna-se, portanto, indispensável àqueles que desejam pleitear ou defender-se em juízo ou fora dele.

Aos que têm recursos econômicos próprios basta procurar um advogado e pagar-lhe os honorários pelos serviços prestados. Para aqueles que não têm essa possibilidade, nossa Constituição Federal assegura no artigo 5º, inciso LXXIV, que o "*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*". Trata-se de um direito fundamental e não apenas de um benefício social.

A expressão "insuficiência de recursos" significa ser pobre, estar necessitado, ou seja, viver numa situação econômica tão difícil que, se for obrigado a pagar honorários de advogado ou às custas de um processo judicial, haverá prejuízo de seu próprio sustento ou de sua família. Mas, não basta ser hipossuficiente, é preciso que se comprove essa situação por intermédio de declaração devidamente assinada sob as penas da lei. A lei 1.060/50 estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Essa lei está bastante defasada e há no Congresso Nacional vários anteprojetos em trâmite visando à promulgação de uma nova lei mais adequada ao espírito da Constituição Federal de 1988.

O mandamento constitucional ao referir-se a "assistência jurídica integral e gratuita", abrange não só a assistência judiciária e a justiça gratuita, mas também a orientação e consultoria extrajudicial. Há três serviços públicos embutidos nesse conceito: a) assistência judiciária que se dá na oportunidade de um processo judicial, quando o necessitado na condição de autor ou réu será patrocinado por um defensor público ou advogado dativo e não pagará os honorários advocatícios; b) justiça gratuita significa a isenção de custas processuais e demais despesas judiciais ou não; c) consultoria e orientação jurídica nos casos em que mesmo não se

tratando de um processo judicial, o necessitado procura esclarecimentos sobre solução de conflito ou direitos, tais como requisitos sobre usucapião, negociação de verbas junto ao empregador, registro civil de filhos ou aquisição de imóvel, etc.

Para exercer essas funções nossa Carta Magna determina, no artigo 134, que haverá um órgão estatal que se incumbirá dessa tarefa: *"A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV."* A lei complementar nº 80, de 1994, estabeleceu as regras para a organização da Defensoria da União e dos Estados.

Apesar das regras jurídicas terem boas intenções, temos de considerar que o Brasil é um país de vasto território que compreende regiões ricas e outras paupérrimas. As soluções para o acesso à justiça devem ser iguais no país todo, mas poderão não ser idênticas haja vista as diferenças socioeconômicas e culturais locais.

Há lugares onde faltam advogados e há outros em que tal categoria profissional é abundante. Um outro problema cultural decorre da aceitação pelo necessitado da advocacia gratuita, pois muitas pessoas entendem que o serviço jurídico que não é pago por eles como no caso do advogado público, não será tão bem cuidado quanto o de outro cliente pagante. Há, ainda, profissionais do direito que não querem trabalhar para a população carente de recursos. A complexidade do problema da assistência jurídica nos impõe reflexão.

O acesso à justiça não é responsabilidade apenas da Ordem dos Advogados do Brasil, mas de toda comunidade jurídica incluindo-se os três poderes da República, o Ministério Público, as universidades e organismos sociais. Não se poderá excluir a contribuição dos governos municipais, dos sindicatos e dos movimentos organizados na sociedade civil. Todos precisam dispor-se a ajudar na realização dessa tarefa, haja vista a existência de milhões de pessoas sem recursos e necessitando de esclarecimentos jurídicos.

O que não deve acontecer – e acontece – é a dispensa da presença de um advogado para o hipossuficiente, quando o conflito tiver de ser dirimido frente a um juiz de direito. Apesar da lei permitir tal situação quando se

trata de Juizados Especiais Cíveis e Criminais ou Juizado da Justiça Federal, é notória a fragilidade da pessoa carente dentro do ambiente forense, que é formalíssimo, bem como frente à linguagem ali praticada pelos profissionais do direito, muitas vezes ininteligível para os comuns mortais. Se a outra parte do conflito de interesses for uma empresa de grande porte, tal qual as de telefonia ou planos de saúde, o cidadão se sentirá mais desprotegido ainda e até mesmo constrangido diante do advogado da parte contrária.

Os serviços de assessoria jurídica – consultoria e orientação – não vêm sendo colocados à disposição da enorme população de brasileiros carentes. Não basta o atendimento individual, pois é preciso ter olhos para os direitos coletivos e difusos. Estes interesses também deverão ser atendidos.

A advocacia *pro bono,* serviço voluntário prestado por alguns escritórios de advocacia para pessoas jurídicas sem recursos – *associações civis sem fins econômicos* – apenas começa a ser praticada, ainda assim com muitas resistências corporativas. Nossos Tribunais, felizmente, já concedem a justiça gratuita paras essas entidades sociais.

A sociedade brasileira tem mais um dilema pela frente para ser solucionado por consenso: será mais justo manter o mercado de trabalho para os advogados impedindo-os de oferecer trabalho não remunerado ou poderemos abrir exceções para o trabalho voluntário daqueles que têm interesse e possibilidade para tanto?

A Ordem dos Advogados do Brasil têm razão na luta pela dignidade do trabalho remunerado dos seus associados, uma vez que todos os trabalhadores têm o dever de manter o próprio sustento e o de sua família. É justo que assim seja. Todavia, a maioria da população brasileira que não tem dinheiro para pagar honorários advocatícios, não poderá continuar sendo juridicamente desprotegida como está. Os cofres públicos e privados terão de ser acionados de alguma forma para se encontrar uma solução plausível.

A realidade é que esse problema não é apenas brasileiro. Os pobres do mundo inteiro, mesmo nos países mais desenvolvidos, sempre encontram muitas dificuldades no momento em que necessitam de uma competente assistência jurídica. A literatura universal e a arte cinematográfica já registraram inúmeras situações humanas bastante exemplares desse contexto. Basta ler a obra escrita por dois juristas, Mauro

Cappelletti e Bryant Garth, sendo o primeiro doutor pela Universidade de Florença e o outro pela Universidade de Startford, publicada no ano de 1978, com a denominação de *"Acess to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effetive. A General Report"*. Foi traduzida para o português em 1988 por Ellen Gracie Northfleet, hoje ministra do Supremo Tribunal Federal, com o título de *"Acesso à Justiça",* editada por Sérgio Antonio Fabris Editor, de Porto Alegre (RS).

Aqueles que gostam de cinema poderão assistir ao belo filme chinês "*A história de Qiu Ju*", de Zhang Yimou, datado de 1992, onde o autor nos mostra o drama vivido por uma pobre e jovem senhora que sai de casa em busca de justiça.

E, é claro, nunca esquecer de ler a primorosa obra ficcional do autor tcheco Franz Kafka, "O *Processo",* com inúmeras traduções para o português, que nos dá muitas ideias sobre a complicada teia burocrática que envolve a "máquina judiciária".

Considerações finais

Há em nossa Constituição Federal o artigo 98-11 que concede poderes aos juízes de paz – de investidura temporária – para exercerem atribuições conciliatórias sem caráter jurisdicional. Essa regra constitucional não poderá permanecer como letra morta numa situação sócio-jurídica tão caótica quanto esta em que estamos vivendo.

A sociedade brasileira precisa exigir do Congresso Nacional a feitura de lei regulamentadora dessa matéria, pois os juízes de paz podem bem ser a alternativa necessária para o povo brasileiro – como o é para o povo uruguaio – na busca de melhor distribuição de justiça uma vez que poderão interagir nos conflitos sem natureza contenciosa tal qual brigas de casais, débitos de pensão alimentícia de pequeno valor, desentendimentos sobre guarda de filhos etc. Se juízes de paz realizam casamentos, ato jurídico da maior importância social, porque não seriam capazes também de contribuir na conciliação de casais em suas desavenças?

Nessa luta árdua que se dá no campo da educação de jovens e adultos para o Direito e a facilitação do acesso à justiça, todos têm de dar sua contribuição. A sociedade brasileira deve democratizar-se profundamente colaborando efetivamente para com a educação do povo, fazendo com que

o ato de educar não seja atribuição apenas do Estado e da família, mas sim como manda a Constituição da República, em seu artigo 205, atributo também da sociedade:

> A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

O MPD encontrou um pequeno atalho para dar sua contribuição no que tange à educação para o Direito. Por intermédio da realização de palestras os seus associados se esforçam no sentido de compartilhar seu saber jurídico com a população. Tendo a consciência de que se trata apenas de uma gota d'água para apagar um grande incêndio, caminhamos firmes com o propósito de disseminarmos uma educação para a paz e a cidadania.

Desde o ano de 1994, o Movimento do Ministério Público Democrático integrou-se ao projeto das Promotoras Legais Populares fazendo parte de sua coordenação. Trata- se de uma iniciativa do movimento feminista paulistano capitaneada pela União de Mulheres de São Paulo e abraçada pelo Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – IBAP que congrega advogados públicos com espírito democrático.

Esse projeto inspira-se em outro do mesmo nome mantido por lideranças feministas latino-americanas. As brasileiras tomaram conhecimento desse empreendimento no ano de 1992, por intermédio do CLADEM – Comitê Latino Americano e Caribenho de Defesa dos Direitos da Mulher.

A proposta tem como escopo estimular e criar condições para que as mulheres conscientizem-se de seu valor social, conheçam direitos, leis e instrumentos jurídicos, tornando-as capazes de ter acesso à justiça e ã defesa dos direitos humanos. Esse projeto consiste na realização de curso anual com carga horária previamente determinada pela coordenação, com currículo mínimo que, dentre outras matérias, inclui noções sobre a tripartição dos poderes; o conceito de Estado e formação de gênero; introdução ao estudo do Direito; conceitos de Ministério Público, Defensoria Pública e polícias estaduais civis e militares; direitos sexuais e reprodutivos; discriminação racial; direito previdenciário; direito e processo civil e penal; sistema único de saúde; direitos do consumidor etc., etc.

Na esteira dessa iniciativa os associados do MPD também empreenderam novo projeto no final dos anos 90 desta vez com a denominação de "Orientadores Jurídicos" e coordenado em parceira com o Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo- CDHEP, na zona sul da capital paulistana. O projeto consiste na realização de palestras sobre temas jurídicos de interesse da comunidade local, tais como a questão fundiária urbana, Estatuto da Criança e do Adolescente; direito do consumidor etc., e tem como uma de suas finalidades capacitar as lideranças comunitárias e os futuros conselheiros tutelares.

Pretendemos realizar outros projetos nesse mesmo caminho. Estamos elaborando o projeto Carta Magna, com o objetivo de irmos até as escolas de Ensino Médio sensibilizar os professores e funcionários para a leitura crítica do texto da nossa Lei Maior.

Seria de grande valia para a nossa sociedade a introdução no curso médio de um estudo dirigido que tivesse por objeto a análise da Constituição Federal Brasileira. Certamente, contribuiria bastante para o preparo de cidadãos brasileiros mais conscientes sobre o mundo político-jurídico e com conhecimento suficiente para reivindicar melhores condições de acesso à justiça. Ao tomar conhecimento do conteúdo das disposições contidas no artigo 5º da Constituição sobre os direitos e deveres individuais e coletivos dos brasileiros e estrangeiros aqui residentes, os jovens entenderiam melhor o que são direitos humanos e não estariam tão reféns do discurso midiático, que distorce esses valores.

Uma sociedade verdadeiramente democrática tem interesse de combater as desigualdades sociais. Evidentemente que, primeiro, será preciso ter políticas públicas que fomentem a justa distribuição da riqueza nacional, mas essa política pública deverá vir acompanhada de educação escolar de alta qualidade para crianças e jovens oriundos de famílias de baixa renda. Somente dessa forma poderemos sonhar com a realização da tão almejada justiça social no Brasil.

Bibliografia

AMARAL, Amadeu. *O Dialeto Caipira*. São Paulo: Hucitec/INL-MEC, 1982.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Rio de Janeiro: Ediouro.

CRETELLA Jr., José. *Curso de Direito Romano*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

REIRE, Paulo. *Extensão ou Comunicação?* 10ª ed. Trad. Rosisca Darcy de Oliveira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

GIANNOTTI, Vito. *Muralhas da Linguagem*. Rio de Janeiro: Mauad, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Edit. Coimbra, 1993 Tomo IV.

SADEK, Maria Tereza (org.). *Acesso à Justiça*. São Paulo: K. Adenauer, 2001.

VIEIRA, Rosa Maria. *O Juiz de Paz – do Império a nossos dias*. Brasília: UnB, 2002.

MINISTÉRIO PÚBLICO: ESTRATÉGIA, PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS E NOVAS FORMAS DE ORGANIZAÇÃO

Marcelo Pedroso Goulart
Promotor de Justiça no Estado de São Paulo, ex coordenador-geral do Movimento do Ministério Público Democrático – MPD, mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP), autor do livro "Ministério Público e democracia: teoria e práxis"

A crise do Ministério Público

A situação de crise, segundo Gramsci, é aquela em que o velho morreu e o novo ainda não conseguiu afirmar-se.[1]

O Ministério Público brasileiro vive uma situação de crise, imperceptível aos olhos da maioria de seus membros e de seus dirigentes, uma vez que o velho Ministério Público (pré-1988) morreu, mas o novo Ministério Público, projetado na Constituição de 1988, ainda não se afirmou.

De acordo com a vontade popular explicitada na Constituição da República, o Ministério Público deve constituir-se em um dos mais importantes *agentes da vontade política transformadora,* cabendo-lhe a tarefa de definir e participar de ações político-jurídicas modificadoras da realidade, objetivando a construção do projeto constitucional de democracia (a sociedade livre, justa e solidária, na qual **o** desenvolvimento socioeconômico-cultural deve estar voltado para a erradicação da pobreza e da marginalização, para a redução das desigualdades sociais e regionais e para a promoção do bem de todos). Essa é a *estratégia institucional.*

Levar avante essa prática transformadora (práxis) é cumprir uma função política maior, que implica a substituição de uma dada ordem por outra ordem social, mais justa, na qual prevaleçam os valores universais da democracia. A realização prática dessa função política maior ocorre no *movimento catártico* que promove a transição da sociedade, dos seus movimentos, das suas organizações e de suas instituições do *momento*

[1] GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere.* v. 3. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000. p. 184.

corporativo e particularista para o *momento ético-político* de modificação do real.[2]

Do ponto de vista jurídico-constitucional (formal), o Ministério Público estruturou-se para cumprir a função de promover os valores democráticos, como *instituição catártica, universalizante, não-corporativa.* O seu perfil constitucional não dá margem para dúvidas quanto a isso.

Todavia, do ponto de vista do movimento real da Instituição, não se pode fazer a mesma afirmação. A realidade demonstra que o Ministério Público ainda está em fase de transição, visto que, do ponto de vista intra-institucional, ainda não incorporou plenamente sua nova função política, ainda não formou uma *vontade coletiva-interna democrática* capaz de garantir a unidade necessária à atuação voltada à transformação social.

Hoje, esse tipo de atuação transformadora desejada pela sociedade deve-se à ação isolada de algum membro do Ministério Público ou de alguns grupos de promotores de justiça ou de procuradores da República, cujo resultado do trabalho realizado repercute positivamente nos meios de comunicação de massa, passando a falsa impressão de que se trata de ação definida e pautada institucionalmente.

No nível institucional, portanto, o Ministério Público ainda não superou, plenamente, o *momento corporativo,* fato que impõe a aceleração do *movimento catártico interno.* Do contrário, a *passividade* poderá tomar conta da Instituição, levando-a à *impotência objetiva,* ao não cumprimento da sua função política e dos objetivos que lhe foram postos pela Constituição. Esse tipo de *comportamento passivo-impotente* poderá acarretar a perda de legitimidade (de sustentação social) e levar ao retrocesso na configuração formal-institucional do Ministério Público.

A consolidação do novo Ministério Público (pós-88) e sua afirmação como *agente da vontade política transformadora* impõe, ao menos, dois movimentos que ainda não se completaram.

[2] Sobre Ministério Público e movimento catártico, ver GOULART, Marcelo Pedroso. Missão Institucional do Ministério Público. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo,* n. 1, 2001. p. 11-34.

O primeiro movimento, que denomino de catártico, impõe a transposição do momento corporativo para o momento ético-político. Esse movimento pressupõe:

a) Elaboração da ideologia institucional;

b) Definição da política institucional;

c) Mudança de mentalidade dos membros da Instituição (*adequação psicológica* para o cumprimento da estratégia institucional).

É nesse campo, marcadamente ideológico (cultural), que se faz necessária a atualização dos conceitos de unidade institucional e de independência funcional.

O segundo movimento, que denomino de estrutural, impõe reformas que viabilizem o cumprimento da missão institucional (estratégia), passando pela:

a) Reestruturação organizacional do Ministério Público;

b) Reestruturação da carreira dos membros da Instituição;

c) Revisão das atribuições do Ministério Público.

Nesse campo ocorreram avanços tímidos, como, *v.g.*, (i) a criação da Promotoria de Justiça como nova instância político-administrativa do Ministério Público; (ii) a busca de novas espacialidades através da implantação de Promotorias Regionais Ambientais, Promotorias Agrárias e Promotorias Comunitárias; (iii) a racionalização da atuação institucional como *custos legis* nos processos cíveis.

Algumas premissas para a superação da crise

A revisão dos conceitos de unidade institucional e de independência funcional e a correlação desses princípios à luz da estratégia institucional

A forma como a doutrina insiste em definir os princípios conformativo-informativos do Ministério Público não atende ao perfil institucional delineado pela Constituição de 1988. Esses princípios devem ser compreendidos à luz da estratégia institucional.

O princípio da unidade

Mister a revisão do conceito do princípio da unidade. No modelo superado, tal princípio cinge-se a conformar a estrutura administrativa da Instituição, como órgão único, integrado por promotores de justiça sob a direção de um só chefe.[3] Alguns confundem o princípio da unidade com o princípio da indivisibilidade, como se fossem um único princípio, e, numa perspectiva reducionista, conferem à unidade uma dimensão exclusivamente processual.[4]

No pós-88, o princípio da unidade ganhou conotação política, que transcende os aspectos administrativo-estruturais por meio dos quais foi definido pela doutrina tradicional, embora esses aspectos estejam nele incluídos. Ademais, não pode ser confundido com o princípio da indivisibilidade. Este princípio (indivisibilidade) informa a atuação do membro do Ministério Público como agente procedimental-processual. *O princípio da unidade informa e orienta a atuação político-institucional do Ministério Público, que, através do conjunto de seus membros, de seus órgãos de execução e de Administração Superior, deve estar voltado à consecução do seu objetivo estratégico: a promoção do projeto de democracia participativa, econômica e social delineado na Constituição da República (a construção da sociedade livre, justa e solidária, na qual o desenvolvimento deve estar voltado, necessariamente, à erradicação da pobreza e da marginalização, à redução das desigualdades sociais e regionais e à promoção do bem comum).*

Os critérios definidores da unidade são dados pela Constituição da República, na determinação da estratégia institucional (objetivo estratégico) e pelos Planos e Programas de Atuação, que contemplam as prioridades e os meios de ação para o cumprimento da estratégia.

Unidade e estratégia transitam numa via de mão dupla. A estratégia define a unidade e a unidade concretiza a estratégia. A unidade é definida

[3] MAZZILLI, Regime jurídico do Ministério Público, p. 66. CAZZETA JÚNIOR, A independência funcional dos membros do Ministério Público e sua tríplice garantia constitucional, p. 40.

[4] CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p. 209: "Ser *una* e *indivisível* a Instituição significa que todos os seus membros fazem parte de uma só corporação e podem ser indiferentemente substituídos um por outro em suas funções, sem que com isso haja alguma alteração subjetiva nos processos em que oficiam".

pela estratégia posta abstratamente pela Constituição. A estratégia realiza-se no mundo concreto através da realização prática das metas prioritárias estabelecidas nos Planos e Programas de Atuação.

A unidade institucional deve ser construída democraticamente. A construção democrática da unidade institucional supõe a participação da sociedade no processo de definição das prioridades institucionais, através dos novos instrumentos e espaços de democracia participativa, como, *v.g.*, as audiências públicas.

Incumbe aos órgãos de execução do Ministério Público (Promotorias e Procuradorias de Justiça) a implementação dos Planos e Programas. Cabe aos órgãos da Administração Superior garantir a unidade. À Procuradoria-Geral incumbe promover a mobilização dos membros da Instituição no sentido da consecução do objetivo estratégico, bem como fornecer os meios e o suporte material necessários ao cumprimento das metas estabelecidas nos Planos e Programas de Atuação. À Corregedoria-Geral, fiscalizar o cumprimento, pelos órgãos de execução, das metas estabelecidas nos Planos e Programas de Atuação. Ao Conselho Superior, exercer o poder revisional de arquivamentos de inquéritos civis, a impedir desvios que frustrem a unidade institucional nos casos concretos.

O principio da independência funcional

A independência funcional tem por objetivo garantir ao membro do Ministério Público o exercício independente de suas atribuições funcionais, tornando-o imune a pressões externas (dos agentes dos poderes do Estado e dos agentes do poder econômico) e internas (dos órgãos da Administração Superior do Ministério Público). Por força desse princípio, consagrou-se o seguinte aforismo: o membro do Ministério Público só deve obediência à sua consciência e ao direito.

O entendimento superficial que se tem dado ao princípio da independência funcional, a partir dessa máxima, não revela o seu verdadeiro sentido, provocando distorções inaceitáveis no atuar concreto dos membros do Ministério Público. Impõe-se, nesse momento de reconstrução institucional, rever o conteúdo do princípio da independência funcional, levando em consideração que:

a) a independência funcional, antes de ser uma garantia do membro do Ministério Público, é uma garantia da sociedade, uma vez que foi instituída para dar ao povo a segurança de contar com um agente político que, no exercício das funções de defesa dos interesses sociais, possa atuar com independência, imune às pressões do poder;

b) quando se fala em *dever de obediência à consciência,* não se está tratando de uma consciência espontânea ou contingente (falsa consciência); mas, sim, de uma consciência autêntica, emancipada e universal (verdadeira consciência); de uma consciência ética, informada pelos valores universais da democracia;

c) quando se fala em *dever de obediência ao direito,* não se está tratando da obediência cega do membro do Ministério Público à literalidade dos textos legais, mas no uso do direito como instrumento de transformação social, o que implica interpretação recontextualizadora da norma, à luz dos valores que informam o projeto democrático constitucionalmente delineado (estratégia institucional do Ministério Público), bem como o reconhecimento de que o direito possui diferentes dimensões (política, econômica, cultural e normativa),[5] portanto a dimensão normativa é apenas uma delas.

A correlação dos princípios da unidade e da independência funcional

Para que o Ministério Público cumpra a sua missão institucional, ou seja, o seu objetivo estratégico, é preciso compreender a correlação existente entre os princípios da unidade e da independência funcional.

Enquanto Instituição una, o Ministério Público deve estar voltado ao cumprimento de sua estratégia, o que se dá através da implementação dos Planos e Programas de Atuação. Para isso, os agentes do Ministério Público devem atuar com independência, ou seja, devem estar imunes às pressões internas e externas que frustrem e inviabilizem o cumprimento da estratégia institucional, que se dá, concretamente, através da execução dos Planos e Programas de Atuação.

[5] Cf. MACHADO, Ministério Público: democracia e ensino jurídico, p. 70.

As metas, prioridades e ações definidas nos Planos e Programas de Atuação decorrem da necessidade de o Ministério Público cumprir, por força de imposição constitucional genérica, os seus objetivos estratégicos. Por ser assim, esses Planos e Programas contemplam, necessariamente, hipóteses de atuação obrigatória e vinculam os membros do Ministério Público. Em outras palavras: o membro do Ministério Público que deixa de observar as metas, prioridades e ações estabelecidas nos Planos e Programas de Atuação não pode invocar, em sua defesa, o princípio da independência funcional, pois este princípio não pode servir de escudo àqueles que deixam de cumprir objetivos institucionais constitucional e democraticamente definidos.

Novas formas de ocupação do espaço pelo Ministério Público

A divisão da base espacial de atuação do Ministério Público deve ser repensada. A divisão por comarca não mais atende às expectativas da sociedade, pois conspira contra a efetividade da atuação institucional. Isso se evidencia, sobretudo, nas áreas de defesa de interesses difusos e de combate ao crime organizado. A atuação fragmentada e desintegrada por comarcas quebra do princípio da unidade e frustra o cumprimento da estratégia institucional.

É preciso estabelecer novas escalas espaciais de atuação que leve em conta o território como instância de disputa de poder entre os diferentes atores sociais e, consequentemente, instância de luta pela efetivação dos direitos fundamentais. O estabelecimento de uma escala única (a comarca) é hoje inadmissível. É preciso redimensioná-la, de acordo com a natureza das demandas sociais por cidadania. Sem desprezar o espaço da comarca, que continua ideal para determinados tipos de atuação, mostra-se conveniente, em muitos casos, a macrorregionalização (ampliação da base territorial) e, em outros, a microrregionalização (redução da base territorial).

O empirismo tem marcado algumas experiências que se iniciam. Todavia, essa resposta eminentemente prática a que estamos assistindo, embora valiosa para indicar caminhos e romper o imobilismo, carece de uma reflexão mais profunda que torne a redefinição das escalas espaciais de atuação uma prioridade institucional.

Em alguns Estados brasileiros despontam iniciativas que merecem generalização. As Promotorias de Justiça do Meio Ambiente por

ecossistemas ou por bacias hidrográficas, as Promotorias de Justiça Agrárias e de Conflitos Fundiários e os Grupos de Combate ao Crime Organizado, de base física estadual ou regional, são exemplos positivos de macrorregionalização.

As Promotorias de Justiça da Comunidade, instaladas nas periferias urbanas de algumas cidades brasileiras, representam também iniciativas de microrregionalização a serem estudadas e aperfeiçoadas, visto que, em alguns casos, perderam a perspectiva de instrumento de emancipação coletiva das populações excluídas e territorialmente segregadas, para retomarem o perfil superado de agências tradicionais de assistência judiciária, com limitado potencial transformador.

De forma paralela e integrada ao estabelecimento das novas bases territoriais de atuação, é preciso estabelecer Promotorias de Justiça temáticas, que enfrentem, com maior eficácia, as principais questões sociais (educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, terra). A macrorregionalização tende à especialização temática e a microrregionalização, à generalização.

A Promotoria de Justiça como instância chave da estrutura do Ministério Público

Para superar o ultrapassado modelo de Ministério Público e adequar a estrutura institucional ao novo perfil constitucional, as Leis Orgânicas Nacional e Estadual do Ministério Público instituíram a figura da *Promotoria de Justiça* como "Órgão de Administração do Ministério Público".

Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz e João Lopes Guimarães Júnior definem a Promotoria de Justiça como: *órgão administrativo, integrado por promotores de determinada comarca, com atribuições especializadas ou não, dotado de estrutura funcional e material de apoio voltado ao estabelecimento de uma política própria de atuação para alcançar objetivos institucionais concretos*.[6]

Partindo-se dessa definição, pode-se afirmar que a Promotoria de Justiça é mais do que uma *unidade de gestão.* Também é uma *unidade*

[6] A necessária elaboração de uma nova doutrina de Ministério Público, compatível com seu atual perfil constitucional. In: FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. *Ministério Público: instituição e processo*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 31.

política responsável pela implementação da estratégia institucional, ou seja, é o órgão de representação da política institucional na base territorial onde atua (comarca ou região).

A Promotoria de Justiça cumpre uma função de natureza estritamente administrativa (unidade de gestão) e outra, de natureza político-institucional (unidade política).

A Promotoria de Justiça como unidade de gestão

Como unidade de gestão, cabe à Promotoria de Justiça cuidar de todas as tarefas administrativas de suporte à sua atividade fim, como, *v.g.*, direção dos seus serviços auxiliares. Ainda no âmbito administrativo, cabe-lhe propor aos órgãos de Administração Superior a divisão interna de serviços processuais e extraprocessuais a forma de organização administrativa dos serviços auxiliares internos, a distribuição de atribuições entre funcionários e estagiários, a escala de férias individuais de seus integrantes e a de substituição automática.

A Promotoria de Justiça como unidade política

Como órgão de implementação da estratégia institucional, cabe à Promotoria de Justiça definir os Programas de Atuação Local e de Atuação Integrada, encaminhar à Procuradoria-Geral de Justiça sugestões para a elaboração do Plano Geral de Atuação, propor a constituição de Grupos de Atuação Especial.

Como unidade responsável pela implementação da estratégia institucional, a Promotoria de Justiça deve funcionar como órgão local/regional de representação do Ministério Público na articulação de políticas públicas. Deve intervir nos antigos e novos espaços de negociação política como órgão mediador, regulador e corretor das desigualdades sociais e das práticas anticidadãs.

Conclusões

1ª) O objetivo estratégico do Ministério Público é a defesa do projeto de democracia participativa, econômica e social delineado na Constituição de 1988, por meio da consecução dos objetivos fundamentais da República sintetizados no art. 3º, incs. I a IV (construção da sociedade livre, justa e

solidária, na qual o desenvolvimento socioeconômico-cultural deve estar voltado para a erradicação da pobreza e da marginalização, para a redução das desigualdades sociais e regionais e para a promoção do bem de todos).

2ª) Para cumprir o seu objetivo estratégico, o Ministério Público precisa definir políticas públicas, por meio de Planos e Programas de Atuação Institucional, com o estabelecimento de metas prioritárias que orientem a ação dos órgãos de execução e de Administração Superior.

3ª) O princípio da unidade informa e orienta a atuação político-institucional do Ministério Público, que, pelo conjunto dos seus membros, dos órgãos de execução e de Administração Superior, deve estar voltado à consecução do seu objetivo estratégico.

4ª) A independência funcional tem por objetivo garantir ao membro do Ministério Público o exercício independente de suas atribuições funcionais, tornando-o imune a pressões externas e internas que frustrem e inviabilizem o cumprimento da estratégia institucional.

5ª) O Ministério Público concretiza o objetivo estratégico abstratamente previsto na Constituição por meio da execução das metas prioritárias dos Planos e Programas de Atuação. Essas metas decorrem de imposição constitucional, portanto, contemplam hipóteses de atuação obrigatória e vinculam os membros do Ministério Público.

6ª) A comarca, como base territorial de atuação do Ministério Público, não mais atende, em regra, às expectativas da sociedade, pois conspira contra a efetividade da atuação institucional, que, fragmentada, provoca a quebra do princípio da unidade e frustra o cumprimento da sua estratégia.

7ª) É preciso estabelecer novas escalas espaciais de atuação, que leve em conta o território como instância de disputa de poder entre os diferentes atores sociais e, consequentemente, instância de luta pela efetivação dos direitos fundamentais.

8ª) O estabelecimento de uma escala única (a comarca) é hoje inadmissível. É preciso redimensioná-la, de acordo com a natureza das demandas sociais por cidadania. Mostra-se conveniente, em muitos casos, a macrorregionalização (ampliação da base territorial) e, em outros, a microrregionalização (redução da base territorial).

9ª) De forma paralela e integrada ao estabelecimento das novas bases territoriais de atuação, é preciso estabelecer Promotorias de Justiça temáticas, que enfrentem, com maior eficácia, as principais questões sociais (educação, saúde, alimentação, meio ambiente, trabalho, moradia, terra).

10ª) A Promotoria de Justiça, como uma das instâncias que compõem a estrutura do Ministério Público, é mais do que uma *unidade de gestão.* Também é uma *unidade política* responsável pela implementação da estratégia institucional, ou seja, é o órgão de representação da política institucional na base territorial onde atua (comarca ou região).

11ª) Como unidade responsável pela implementação da estratégia institucional, a Promotoria de Justiça deve funcionar como órgão local/regional de representação do Ministério Público na articulação de políticas públicas. Deve intervir nos antigos e novos espaços de negociação política como órgão mediador, regulador e corretor das desigualdades sociais e das práticas anticidadãs.

Bibliografia

CAZZETA JÚNIOR, José Jesus. A independência funcional dos membros do Ministério Público e sua tríplice garantia constitucional. In: ALVES, Airton Buzzo et ali (org.). *Funções institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995 (em cooperação).

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995 (em cooperação).

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. A necessária elaboração de uma nova doutrina de Ministério Público, compatível com seu atual perfil constitucional. *Ministério Público: instituição e processo*. São Paulo: Atlas, 1997 (em cooperação).

GOULART, Marcelo Pedroso. Missão institucional do Ministério Público. *Revista jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, n. 1, 2001, p. 11-34.

GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do cárcere*. Vol. 3. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995 (em cooperação).

GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. A necessária elaboração de uma nova doutrina de Ministério Público, compatível com seu atual perfil constitucional. *Ministério Público: instituição e processo*. São Paulo: Atlas, 1997 (em cooperação).

MACHADO, Antônio Alberto. *Ministério Público: democracia e ensino jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1993.

ACESSO À JUSTIÇA: PORTA DE ENTRADA PARA A INCLUSÃO SOCIAL

Maria Tereza Aina Sadek
Doutora em Ciência Política pela Universidade de São Paulo – USP, professora do Departamento de Ciência Política da USP e Pesquisadora Sênior do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – Cebepej

É fato amplamente conhecido que as desigualdades socioeconômicas no Brasil destacam-se como uma das mais elevadas entre os países do Terceiro Mundo. A grande distância entre os mais ricos e os mais pobres, além de revelar a face perversa da sociedade brasileira, aponta para graves problemas, particularmente no que diz respeito à inclusão social.

Normalmente, o enfretamento desta questão é pensado a partir de políticas voltadas para aspectos diretamente relacionados às esferas econômica e social. O principal argumento deste artigo é que o acesso à justiça se constitui na porta de entrada para a participação nos bens e serviços de uma sociedade. Quaisquer iniciativas que tenham por meta o combate à exclusão estarão fadadas ao fracasso se não levarem em conta garantias e direitos individuais e coletivos. Pois, não há possibilidade real de inclusão se, de fato, não houver condições efetivas de acesso à justiça. Sem o direito de recorrer à justiça, todos os demais direitos são letras mortas, garantias idealizadas e sem possibilidades de concretização. Não se pretende aqui diminuir a importância de políticas que visem melhorar a distribuição de renda ou a escolaridade, por exemplo. O que este argumento sublinha é que, caso não se considere como prioritário o acesso à justiça, todos os demais esforços correm o risco de não perdurar e se desfazer.

Uma maneira de se operacionalizar o conceito de exclusão social é associá-lo ao de “privação social”. Ou seja, a exclusão refere-se à marginalização de determinados indivíduos ou segmentos sociais em relação aos benefícios gerados pelo desenvolvimento. Transformar estes indivíduos em participantes da sociedade implica seu reconhecimento como sujeitos de direitos e com possibilidades efetivas de reclamá-los, caso sejam desrespeitados.

Direitos e igualdade

A igualdade perante a lei representa uma das mais importantes conquistas da modernidade. A prevalência do indivíduo significou, antes de tudo, que nenhum atributo externo teria força para predeterminar qualquer distinção social. "Todos nascem livres e iguais" – é a máxima desta era. Ou seja, o indivíduo é concebido como um ser de direitos, que antecedem o Estado e a sociedade.

A crença de que os direitos do homem correspondiam a uma qualidade intrínseca ao próprio homem e que, como tal, nada se devia à sociedade nem às autoridades constituídas, implicou enquadrar a justiça em um outro paradigma. De fato, as elaborações teóricas *jusnaturalistas,* desenvolvidas nos séculos XVII e XVIII, apesar das significativas diferenças entre os autores, têm em comum não apenas a caracterização dos homens como sujeitos, como portadores de direitos, entes individuais autônomos, mas também a afirmação de que a realização dos direitos naturais e da lei universal exigem que a justiça seja administrada por uma instituição independente. Houve uma mudança de qualidade nos termos da discussão, uma grande revolução, tanto do ponto de vista da concepção sobre o homem como sobre a sociedade e o poder.[1]

Tais inovações implicaram uma nova compreensão a respeito da desigualdade. A desigualdade social – e este é o ponto central – deixou de ser vista como natural.[2] Os questionamentos das diferenças sociais e do arbítrio dos governantes são decorrências diretas da aceitação do princípio da igualdade natural. Toda e qualquer desigualdade transforma- se em uma desigualdade provocada pelo arranjo social, pelo ordenamento estatal, pela vida dos homens em sociedade. A sociedade e o Estado são resultados, são produzidos pelo homem e não o inverso. Assim, a desigualdade deixa de ser natural, transformando-se em problema. Por outro lado, a sociedade e o Estado – posteriores formalmente ao indivíduo – devem respeitar os atributos

[1] A liberdade, por exemplo, deixou de ser uma concessão ou uma característica de uma camada social ou de um estamento e converteu-se em um atributo do próprio homem. John Locke afirmava: "o homem define-se por sua vida, sua liberdade e bens" (*Segundo Tratado sobre o Governo* – publicado originalmente em 1690).

[2] A grosso modo, anteriormente a desigualdade não era objeto de questionamentos, uma vez que resultava de uma ordem preestabelecida, independente da vontade dos homens.

individuais. Caso contrário, não se constituem instituições legítimas, podendo/devendo, em consequência, ser reformuladas ou refundadas.

Estas concepções produzem consequências na prática concreta e na vida social de grande magnitude. Um dos mais importantes efeitos da incorporação de direitos é reduzir as desigualdades (Marshall,1967) ou, dizendo-o de outro modo, torna insustentável determinadas distinções entre os indivíduos. De fato, historicamente, o processo de ampliação dos direitos de cidadania representou uma expressiva diminuição nos níveis de exclusão social. O reconhecimento da igualdade perante a lei traduziu-se em significativo aumento das possibilidades de usufruir dos bens coletivos. Teoricamente, pode-se inclusive, supor que quanto mais desigual for uma sociedade, maiores são os efeitos de uma agenda universalista de direitos. Isto é, a igualdade prevista na lei tem condições de reduzir as consequências provocadas pelas desigualdades econômica e social.

Mas de que espécie de igualdade se fala? Marshall (1967), em seu estudo clássico sobre a cidadania que toma como referência empírica o mundo europeu ou mais particularmente a Inglaterra, mostra a existência de três conjuntos distintos de direitos: os civis; políticos e os sociais. No caso inglês, estes direitos foram gradualmente conquistados, sendo possível estabelecer um período correspondente para cada um deles – os civis no século XVIII, os políticos no XIX e os sociais no XX.

A consagração em lei de cada um desses conjuntos de direitos representou a definição de uma área de igualdade. Ou seja, reconhecer os direitos civis implica estabelecer que, a despeito de desigualdades econômicas e sociais, todos são iguais no que se refere à liberdade de ir e vir, à segurança, à livre associação, ao estabelecimento de contratos, etc.

Da mesma forma, admitir os direitos políticos significa aceitar que, apesar das diferenças quanto à riqueza e ao prestígio social, todos são iguais no que diz respeito à participação na escolha dos governantes *("um homem, um valor, um voto")* e que todos podem postular a posição de governante.

Os direitos civis e políticos têm por base o indivíduo, exigindo para a sua efetivação a limitação do poder político, um Estado mínimo. Já os direitos sociais, também denominados de direitos de segunda geração, requerem políticas públicas que garantam a referida igualdade. Neste caso, o suposto não é a existência da igualdade natural e abstrata entre indivíduos.

O ponto de partida é a desigualdade real, concreta, e seu caráter de exclusão social. Ou seja, é necessário um Estado atuante, no sentido de providenciar a efetivação da igualdade contemplada pelos direitos sociais, quais sejam, à saúde, ao trabalho, à educação, à aposentadoria, à moradia, etc., para corrigir as desigualdades que passaram a ser consideradas inaceitáveis.

O reconhecimento e a efetivação dos direitos sociais significam uma revolução de magnitude semelhante àquela contida na concepção de indivíduo, livre e igual, abstrato. Evoluiu-se da ideia de liberdades negativas para a ideia de liberdades positivas. Não se trata apenas de liberdades “de” – para as quais é importante que o poder público não atrapalhe ou que as forças privadas não exerçam nenhum tipo de constrangimento. As liberdades vistas como positivas são as liberdades “para” e sua efetivação depende de ações afirmativas, de iniciativas deliberadas e concebidas com esta finalidade.[3]

Completando a lista de direitos, há ainda os chamados direitos de terceira geração, referidos não mais a indivíduos, mas a grupos ou coletividades. São, por exemplo, os direitos do consumidor, de crianças, de idosos, de minorias, etc.

Para a efetividade de todos os direitos, sejam eles individuais ou supra-individuais, de primeira, segunda ou terceira geração, o acesso à justiça é requisito fundamental, é condição *sine qua non* (Cappelletti e Garth, 1988). Os direitos só se realizam se for real a possibilidade de reclamá-los perante tribunais imparciais e independentes. Em outras palavras, o direito de acesso à justiça é o direito sem o qual nenhum dos demais se concretiza. Assim, a questão do acesso à justiça é primordial para a efetivação de direitos. Consequentemente, qualquer impedimento no direito de acesso à justiça provoca limitações ou mesmo impossibilita a efetivação da cidadania.

Do ponto de vista da realização de direitos, não é significativo saber se em todos os países a cidadania obedeceu às mesmas lutas e à mesma

[3] Políticas afirmativas têm por finalidade reduzir os efeitos da desigualdade, garantindo que todos tenham acesso a um mínimo de bem-estar social, aumentando o grau de inclusão social. Exemplificando: o direito social expresso no preceito de que todos têm direito à educação, impõe ao poder público a obrigação de oferecer escolas para aqueles que não teriam, por si sós, acesso ao sistema educacional. H. Arendt postula que a igualdade não é um dado, é um objetivo construído, elaborado convencionalmente pela ação dos homens, enquanto cidadãos, na comunidade política. (Arendt, apud Lafer, 1991).

evolução. O que importa salientar é que sem a garantia de acesso à justiça não há hipótese de efetividade de direitos. Esta afirmação independe da sequencia na obtenção dos direitos ou do processo que levou ao seu reconhecimento, se conquistados ou outorgados.

O sistema de justiça como inclusão

O rol de direitos aceito em uma determinada sociedade define o âmbito da igualdade. Ou seja, os componentes da igualdade indicam os aspectos em relação aos quais as diferenças existentes entre indivíduos e grupos tornaram-se inaceitáveis. Neste processo, realiza-se a passagem de uma sociedade fechada, fundada em privilégios e prerrogativas, para uma sociedade, em princípio, aberta e sem distinções. A cada conquista, novos traços vão sendo incorporados como componentes da igualdade, reduzindo-se, em decorrência, as barreiras para a participação nos bens coletivos (materiais e simbólicos). Em outras palavras, o rol de direitos de uma sociedade corresponde à dimensão da desigualdade vista como tolerável. Assim, quanto maior o número de componentes da igualdade, menor o número de aspectos admitidos como diferenciadores entre os indivíduos e grupos.

O conceito de igualdade define e dá conteúdo ao de cidadania. Ser um igual e ser cidadão são conceitos que sofreram profundas alterações do mundo clássico greco-romano, onde tiveram origem, ao nossos dias. Daí seus significados e conteúdos serem variáveis historicamente e em cada realidade social. Ser um igual no século XVII não é o mesmo que ser um igual no XVIII, no XIX, no XX ou no XXI. De igual modo, há apreciáveis diferenças entre os vários países.

Do ponto de vista da análise histórica das sociedades, não existe, pois, uma igualdade abstrata, pré-definida. O que se constata é uma igualdade variável no tempo e no espaço, formada por componentes específicos e diversificados. Estes traços resultam de embates concretos, de movimentos políticos, nem sempre em uma direção única. A meta igualitária, ainda que por vezes repleta de acidentes, se traduz em uma ampliação do rol de direitos e em uma maior inclusão social.

Para cada momento histórico e para cada país, determinadas desigualdades passam a ser consideradas inadmissíveis, incorporando-se, em consequência, tais traços à concepção de igualdade. Assim, é possível sustentar que a concepção contemporânea de igualdade possui, com certeza,

uma dimensão significativamente mais ampla e complexa que aquela dos primórdios do século XVIII, quando se consagraram os primeiros direitos civis na Inglaterra. A conquista de direitos civis, políticos e sociais se substancia em um amálgama de ingredientes, cujo resultado define os parâmetros e o conteúdo da igualdade.

O reconhecimento formal de direitos, contudo, não implica diretamente na sua efetivação. Daí a tão apontada distância entre a legalidade e a realidade. O fato, porém, das relações concretas não espelharem a igualdade prevista em lei, não diminui o valor da legalidade. Ao contrário, indica a existência de um desafio assumido pelos grupos sociais que tiveram força política suficiente para conferir o estatuto legal para tais direitos. Em consequência, ainda que não respeitados, não dá no mesmo a presença ou não de direitos formalizados em diplomas legais. A não coincidência entre o mundo real e o legal adverte para a necessidade de se construir mecanismos que garantam a sua aproximação.

As instituições que compõem o sistema de justiça representam o espaço garantidor da legalidade e, nesta medida, da possibilidade concreta de realização da igualdade. Assim, a garantia de acesso ao sistema de justiça identifica-se com a condição real de transformação da igualdade jurídica e dos preceitos formais, em algo material e concreto. Efetivamente, o rol de direitos constitutivos da igualdade depende, para sua efetivação, da existência e da atuação das instituições que compõem o sistema de justiça.

De fato, pouco significam os direitos se não houver mecanismos para sua concretização. A possibilidade real de recurso à justiça é a condição básica para esta aproximação entre a igualdade formal e a substantiva. Ou caso se prefira, trata-se da possibilidade de se passar da intenção para a prática.

Acesso à justiça tem um significado mais amplo que acesso ao Judiciário. Acesso à justiça significa a possibilidade de lançar mão de canais encarregados de reconhecer direitos, de procurar instituições voltadas para a solução pacifica de ameaças ou de impedimentos a direitos. O conjunto das instituições estatais concebidas com a finalidade de afiançar os direitos designa se sistema de justiça.

O Ministério Público e o acesso à justiça

No contexto brasileiro, a Constituição de 1988 fortaleceu significativamente o sistema de justiça ao reforçar o papel do Ministério Público. Suas atribuições podem ser lidas como a composição e a qualificação de um agente público encarregado de vigiar e exigir que as garantias e os princípios de uma democracia inclusiva sejam respeitados e perseguidos. Trata-se de um agente promotor de cidadania, em todas as suas dimensões.

De acordo com o texto constitucional (art. 127) são muito amplas as obrigações do Ministério Público, indo de sua função mais tradicional, a ação penal, até a defesa de variados direitos sociais, sejam eles difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Como foram significativamente alargados os direitos constitutivos da cidadania e, em consequência, os parâmetros da igualdade, e o Ministério Público é chamado a agir neste interior, pode-se, legitimamente, sustentar que a instituição tornou-se a principal fiadora da efetivação da igualdade.

Neste sentido, o Ministério Público foi alçado à posição de instituição fundamental do sistema de justiça, cabendo-lhe papel de destaque no controle sobre as demais instituições públicas e na defesa da cidadania. Esta nova identidade implica inúmeros desafios, pois, se de um lado cresce a importância da instituição enquanto ator público, por outro aumenta substancialmente seu grau de responsabilidade perante as concepções e implementações de decisões assumidas pelos órgãos de poder político.

Dizendo-o de outra maneira: a nova configuração do Ministério Público altera, inclusive, a concepção tradicional sobre acesso à justiça. Não se trata apenas da possibilidade de haver instituições responsáveis pela garantia de direitos e pela solução pacífica de conflitos de natureza individual, mas também da constituição de uma instituição encarregada de proteger os direitos coletivos e de investigar infrações às leis, transformando-se em participe de políticas públicas. Esta participação é ainda acentuada pela tendência de redução das áreas de discricionariedade dos agentes políticos propriamente ditos. O movimento no sentido de diminuição da capacidade de manobra dos agentes políticos no Executivo e no Legislativo propicia, em igual medida, uma ampliação do grau de participação e de responsabilidade do Ministério Público em relação à efetivação dos direitos.

Assim, a presença e a potencialidade de atuação do Ministério Público pós-Constituição de 1988 moldam uma instituição multifacetada: como agente, por excelência, de ativação do Poder Judiciário, tem iniciativas nas áreas individuais e supraindividuais; como agente do sistema de justiça, pode se utilizar de procedimentos e da implementação de canais extrajudiciais para a solução de conflitos e pela realização de direitos. Desta forma, a instituição transforma-se em um espaço público para a solução de demandas e para a conversão de problemas em demandas judiciais. Por outro lado, problemas relacionados ao direito do consumidor, ao meio ambiente e à comunidade, muitas vezes são resolvidos sem o recurso aos procedimentos judiciais, que os levariam ao Poder Judiciário. Promotores e procuradores, nestas atuações, podem dar prioridade para soluções a partir de acordos entre as partes em litígio, para procedimentos administrativos, para a requisição de providências aos órgãos públicos e privados e para os demais instrumentos extrajudiciais.

Considerações finais

Já se disse que o Brasil não é um país pobre, mas um país com muitos pobres. A desigualdade de renda produz efeitos perversos nas oportunidades de inclusão econômica, social e nos bens culturais. Qualquer possibilidade de enfrentamento desta herança de injustiça social, que exclui parte significativa da população do acesso a condições mínimas de dignidade e cidadania, torna centrais as políticas redistributivas e a efetividade das garantias legais.

Estas exigências são acentuadas em uma situação de desigualdades cumulativas: os mais pobres além de possuírem uma renda ínfima, têm um nível educacional extremamente baixo e possuem chances muito menores de participar dos bens coletivos.

Neste contexto, cresce a probabilidade de ser expressiva a parcela da população que desconhece os direitos. Tal característica combinada à percepção de uma justiça vista como cara, lenta e inacessível, potencializam o impacto de iniciativas que alarguem o acesso à justiça e, em consequência, a efetividade dos direitos que compõem a igualdade expressa no conceito de cidadania.

A Constituição de 1988, do ponto de vista dos direitos, consagra duas mudanças fundamentais: de um lado, reconhece além dos direitos

individuais, os direitos sociais, como o direito ao trabalho, à moradia, à educação, à saúde, à previdência social; de outro, fortalece os mecanismos de tutela de direitos.

Note-se que, em constituições anteriores, o conjunto de direitos estava sistematizado sob o título “dos direitos e garantias individuais”, enquanto no texto de 1988 a denominação é: “dos direitos e deveres individuais e coletivos”. Passam a ser reconhecidos direitos de natureza meta- individual: difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Para a proteção dos direitos coletivos foi inclusive concebido um instrumento jurídico inovador: a ação civil pública. A rigor, este instrumento jurídico antecede a Constituição, tendo sido criado em 1985, visando especialmente a reparação de danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Com a Constituição de 1988, o objeto de tutela da ação civil pública passou a ser todo e qualquer interesse difuso da sociedade, abrangendo direitos relativos à saúde; à previdência; à assistência social; à educação; ao meio ambiente sadio; à maternidade; à infância; à adolescência; às pessoas portadoras de deficiência e à função social da propriedade.

A tutela dos direitos difusos e coletivos atende a uma demanda de maior racionalização do processo, já que uma única ação judicial pode englobar um número maior de agentes. Seu maior ganho, entretanto, está na possibilidade de democratizar o acesso à justiça, contemplando grupos e coletividades. Ademais, há o reconhecimento da existência de conflitos que não são de natureza individual, mas coletiva, tendo por objetivo não o indivíduo abstrato ou genérico, mas o indivíduo em sua especificidade, isto é, como consumidor, como criança, como idoso, como negro, como deficiente físico, como portador de uma doença, como desprovido de habitação. Em síntese, trata-se de um instrumento para corrigir desigualdades, um instrumento de justiça distributiva.

Dificuldades de acesso à justiça contribuem para acentuar a distância entre o universo da legalidade e a realidade. Isto é, favorecem a existência de direitos consagrados na lei, mas desrespeitados no cotidiano. Estes fenômenos constituem um claro indicador de problemas no âmbito da efetividade das normas legais.

O reconhecimento da existência de problemas não significa, contudo, admitir que nada se alterou ou que o ingresso no Estado de Direito Democrático, pós-Constituição de 1988, não tenha imposto diferenças. A despeito dos indiscutíveis problemas que têm marcado a justiça patrocinada pelo Estado e de sua crise, várias experiências têm sido desenvolvidas, quer buscando atenuar as deficiências quer estimulando a conscientização da população sobre seus direitos.[4]

Há um movimento nos sentido de alargar o acesso à justiça. Para além do aumento no número de indivíduos que passam para condição de cidadãos, tem-se a abertura de novas arenas para a solução de disputas. Em consequência, desenvolve-se de forma concomitante à democratização no acesso à justiça, um estímulo ao surgimento de demandas que anteriormente não encontravam receptividade ou não chegavam ao espaço público.

O amplo leque de solicitações apresentadas nessas arenas revela tanto o significativo grau de carências dos indivíduos como o significado da presença do poder público. A abertura de uma via de acesso representa um desaguadouro para as mais distintas demandas, pouco importando a especificidade da instituição. A possibilidade, por exemplo, de se conseguir um documento de identidade extrapola o mero registro de um nome, de filiação e de data de nascimento. É um passar a existir, um passaporte que permite o ingresso e o desfrute de bens sociais, como a escola, o hospital.

Na aproximação com a sociedade, o integrante do Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, por exemplo, deixa de ser o juiz, o promotor ou o defensor público no sentido formal e estrito destas funções. Transforma-se no advogado, no conselheiro, no investigador, no árbitro e até mesmo no despachante. Os papéis são mutáveis, mas sempre revestidos de autoridade. Uma autoridade que não se confunde com os líderes políticos tradicionais. Não há o incentivo à troca de favores para a obtenção de voto ou de apoio político. Mas, a presença de uma autoridade que propicia a aquisição de um direito. E o indivíduo, por sua vez, deixa de ser um anônimo e passa a ser um cidadão, um sujeito de direitos.

Para além dessas questões, não há como ignorar a potencialidade de atuação das instituições do sistema de justiça, particularmente do Ministério Público. Sua possibilidade de ser participe de políticas públicas, quer como

[4] Muitas destas experiências têm sido apresentadas e sistematizadas pelo Prêmio Innovare.

agente controlador, quer exigindo iniciativas, não apenas redefine o conteúdo clássico de acesso à justiça, como tem condições de provocar extraordinários ganhos nos graus de inclusão social. Seria trivial lembrar que a base da democracia está na existência de cidadãos sujeitos de direitos, participantes dos bens coletivos e com condições de escolha entre diferentes alternativas para a direção da sociedade.

Bibliografia

BOBBIO, N.- 1992 – A Era dos Direitos, Rio de Janeiro: Editora Campus.

CAPPELLETTI, Mauro e Garth, Bryant – 1988 – Acesso à Justiça, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

LAFER, C. – 1991 – A reconstrução dos Direitos Humanos – São Paulo: Companhia das Letras.

MARSHALL, T.H. – 1967- Cidadania, Classe Social e Status, Rio de Janeiro: Zahar Editores.

SADEK, Maria Tereza – 2000 – Justiça e Cidadania no Brasil, São Paulo: Editora Sumaré.

ALTERNATIVAS À PENA DE PRISÃO E MINISTÉRIO PÚBLICO

Mônica Louise de Azevedo
Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná e fundadora do Movimento do Ministério Público Democrático – MPD

A punição como reação ao desvio, presente em todos os tipos de sociedade, é uma instituição social multifacetada e complexa, como afirma o sociólogo britânico David GARLAND.[1] Através do estudo em suas variadas formas, continua o autor, é possível definir os tipos de relações que a compõem e a qualidade de vida que a mesma proporciona aos seus integrantes.

Delimitando o termo no repertório de reações institucionalizadas impostas aos violadores da lei penal, sancionados de acordo com categorias legais e procedimentos específicos, é a *pena* o meio de ação especifico do direito penal, através do que o Estado exerce o seu fim, que é a defesa da sociedade pela proteção de bens jurídicos fundamentais,[2] de valores permanente ou historicamente determinados.[3]

Alternativa mais importante e racional às penas cruéis da Alta Idade Média, a pena de prisão tem sido a principal forma de resposta ao ilícito penal nos dois últimos séculos nas sociedades modernas ocidentais.[4] Pena por excelência do Estado de cunho liberal, pela possibilidade de punição teoricamente equivalente aos delinquentes, pela privação de determinado tempo da liberdade proporcional ao dano social causado, com a passagem para o modelo de Estado de Bem Estar Social impôs-se um novo modelo de punição, mais compatível com o assistencialismo e o aparato da seguridade

[1] GARLAND, David. *Punishment and Modern Society.* Ob. cit., p.08 e 287.
[2] O discurso teórico penal contemporâneo, na tradição europeia continental, ressalta como principal missão do direito penal a proteção de bens jurídicos selecionados por determinada ordem constitucional, o que, nos limites da presente reflexão, não será aprofundado ou questionado.
[3] BRUNO, Aníbal. *Direito pena,* ob. cit., p. 13 -15.
[4] FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razon.* Ob. cit, p.391. Ressalta René Anel DOTTI que a prisão era, na legislação penal brasileira anterior à Reforma Penal de 1984, *a sanção per excellence, um verdadeiro monocórdio a interpretar a sinfonia do bem e do mal.* DOTTI, René. *Bases e alternativas*, ob. cit, p. 68.

social, com objetivo de reeducar e ressocializar o indivíduo desviante sob o signo de tratamento.[5]

Tal fórmula, executada inicialmente dentro do ambiente carcerário, demonstrou-se igualmente inadequada à reforma ou à ressocialização dos delinquentes, pois a prática cotidiana revela que a prisão é, ao mesmo tempo, uma instituição antiliberal, desigual, lesiva para a dignidade da pessoa, aflitiva tanto física quanto psicologicamente e inútil à prevenção de novos delitos.[6]

Se isto é real nos países centrais, a situação socioeconômica dos países periféricos torna a situação ainda mais cruel, onde a violência degradante das prisões superlotadas não apenas deixa de cumprir com as finalidades propostas pela lei penal, mas também viola os objetivos que orientam uma sociedade democrática.[7]

Acrescenta ainda Juarez CIRINO DOS SANTOS, em sua *Criminologia Radical,* que muito embora acolhida como consequência da suposta humanização do direito penal, a busca por alternativas à pena de prisão deve-se muito mais à alteração da estrutura econômica da sociedade capitalista, ampliando e redefinindo o controle da população criminalizada através de formas *alternativas* de penas e novas modalidades de controle social.[8] Assim, mesmo ao prever as penas não carcerárias como substitutivas da prisão e impeditivas da ação criminógena do cárcere, a prisão é mantida como centro da política penal e forma principal de punição, aperfeiçoada agora com novo rigor retributivo para os crimes considerados

[5] GARLAND, David. *Punishment and welfare*. Ob. cit., p.5.
[6] FERRAJOLI, Luigi. *Derecho* y *razon,* Ob. cit., p.412-414. BITTENCOURT, César Roberto. *Juizados especiais criminais e alternativas a pena de prisão.* Ob. cit ,p. 14.
[7] ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. ob. cit., p. 202.
[8] Observa Juarez CIRINO DOS SANTOS no inicio da década de 80, dando eco às reflexões do italiano Dario Melossi, representante da criminologia crítica, que a instituição carcerária enfrentaria uma alternativa excludente neste panorama de modificações econômicas: ou se transformaria em aparelho produtivo, com perda do poder intimidante da pena, ou se constituiria em puro instrumento de terror, com a exclusão de qualquer proposta de ressocialização. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Criminologia radical.* Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 78-80.

mais graves e atribuindo a conversibilidade das penas não carcerárias em pena carcerária, ampliando a rede de controle social através do direito penal.[9]

Ressalta Luigi FERRAJOLI que nos últimos decênios do século XX, o sistema de penas centrado na pena de prisão entra em profunda crise, pois não está em condições de satisfazer os fins que justificam o direito penal: não previne novos delitos, dado pelo unanimemente reconhecido caráter criminógeno dos cárceres, tampouco impede a vingança privada ante a perversa exploração que a imprensa faz dos fatos criminais e da superexposição de seus autores, em verdadeira antecipação da punição.[10]

Portanto, a insuficiência da pena de prisão como resposta penal ao ilícito nas sociedades contemporâneas,[11] quer pela constatação do fracasso do ideal ressocializador constatado no final da década de 60,[12] quer pelas condições degradantes, aflitivas e contraproducentes em que é executada

[9] CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal.* Ob. cit., p. 223. A realidade do início do século XXI confirma a prognóstico: com uma população de 10.500 pessoas presas, segundo dados da Secretaria de Segurança Pública e Justiça de dezembro de 2001, o Paraná mantém duas penitenciárias industriais, com 240 vagas cada e rígidos critérios para a admissão dos internos, cerca de 5.000 internos em penitenciárias estaduais e mais de 5.000 presos permanecem em condições sub-humanas nos cárceres improvisados das delegacias de polícia à espera da abertura de novas vagas em penitenciárias estaduais.

[10] Reconhece Luigi FERRAJOLI que o modelo teórico da privação de um tempo abstrato de liberdade em igualdade de condições para todos os sujeitos condenados e por tempo previamente determinado representou um avanço em relação às penas capitais, corporais e mutiladoras. Dois séculos de prática cotidiana demonstram que o cárcere é ao mesmo tempo uma instituição antiliberal, desigual, lesiva para a dignidade das pessoas, aflitiva tanto física quanto psicologicamente e inútil às funções propostas. No entanto, observa o autor que a abolição da pena de prisão como centro do sistema penal é um processo gradual, ligado ao progresso cultural, que passa necessariamente pela minimização da sua duração como uma etapa indispensável desse processo. FERRAJOLI, Luigi *Derecho* y *razon.* Ob. cit., p. 411-414.

[11] Heleno Cláudio FRAGOSO aponta a manutenção da pena de prisão como reação penal principal ao delito um dos fatores da crise do direito penal do século XX, na sua incapacidade em lidar com o crescimento da criminalidade. FRAGOSO, Heleno C. *Lições de direito penal* Ob.cit., p. 53-55. Nesse sentido destaca-se a tese de doutorado de João Farias Junior, apresentada na UFRJ, na década de 70, com um relato de mais de vinte anos trabalhando como promotor de justiça e advogado no sistema penitenciário carioca. FARIAS JR, João. *A ineficácia da pena de prisão e o sistema ideal de recuperação do delinquente.* Rio de Janeiro: Editora Carioca, 1978.

[12] BITTENCOURT, César Roberto. *Juizados especiais criminais e alternativas a pena de prisão.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 14. FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal.* Ob. cit., p.285.

na grande parte dos países e em especial nos países periféricos, e, sobretudo pelos altos custos econômicos e políticos e também pela ineficácia para a execução do exercício do controle social difuso exigido pelo atual momento socioeconômico, levou às sanções substitutivas e alternativas punitivas ao cárcere.

Por esses motivos, entre outros, nas últimas décadas do século XX, ganha novo impulso no mundo ocidental a proposta de execução das penas em meio aberto, com ampliação da utilização das *community corrections,* num padrão qualitativo novo e diferente de pena.[13]

Nessa tendência, a Organização das Nações Unidas, na década de 70, passou a recomendar a adoção de formas penais não privativas de liberdade, que fossem cumpridas na comunidade, até que, em 14/12/90, reunida em Assembleia Geral, a ONU aprovou a Resolução 45/110 que estabeleceu as Regras Mínimas das Nações Unidas para Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade, chamadas a partir de então de "Regras de Tóquio". Naquele documento, entre as sugestões apresentadas aos países membros, recomendava-se a adoção de medidas e penas alternativas à prisão, tais como a restrição de direitos, indenização a vítima e compensação do dano causado, prestação de serviços em favor da comunidade, suspensão condicional da pena e do processo.

Tal orientação já tinha sido observada pelo Brasil durante a Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984, ampliada sua incidência pela Lei 9.714/ 98, bem como a Lei de Execuções Penais, onde se estabeleceram alternativas à pena de privação de liberdade como forma de política criminal, orientada a restringir a prisão aos casos de reconhecida necessidade. Nesta mesma linha, os institutos despenalizantes da Lei 9.099/95, com incidência alargada pela Lei 10.259/01, diferenciando o tratamento dado às infrações penais de menor potencial ofensivo, esboço de um modelo alternativo de justiça penal, de intervenção mínima na punição das condutas de pequeno e médio potencial ofensivo, atendendo aos interesses da vítima e reservando a pena de prisão aos autores de crimes de

[13] Esta transformação, em muito devida à noção de abolicionismo e depois do fracasso do modelo de encarceramento adotado, com variados graus de entusiasmo e efetivação, passou a ser chamada de um movimento de *descarcerização* com o fechamento de asilos, prisões e reformatórios. COHEN, Stanley. *The punitive city: notes on the dispersal of social control.* Ob. cit., p.341.

grande lesividade social, com ampla recepção pela doutrina brasileira dominante[14] e também no âmbito institucional.[15]

A denominação *penas alternativas* para respostas institucionais ao crime, diversas da pena de prisão, como restou consolidado no senso comum teórico dos juristas brasileiros[16] abrange tanto as penas substitutivas à privação da liberdade quanto sanções aplicadas em sede de transação penal, como caso especial da suspensão condicional do processo, do sursis, do regime aberto e do livramento condicional, unificando-nas em uma só categoria e equiparando réus que não foram formalmente condenados com aqueles que foram.[17]

Verifica-se, porém, que adotar a categoria *pena* como um dos elementos da definição pressupõe um regular processo criminal com trânsito em julgado e observância das garantias e limites constitucionais, que não é a regra de todas as espécies de alternativas. Além disso, como observa Juarez CIRINO DOS SANTOS, que tampouco o termo *alternativa* é adequado quando utilizado em substituição à pena privativa de liberdade, porque mantém a pena de prisão como garantia e ameaça ao descumprimento da pena substituída e não a impede de ser aplicada no caso

[14] GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão.* Ob. cit., p. 97 DOTTI, René. DOTTI, René. *O novo sistema de penas.* Ob. cit., p.74 e *O sistema geral das penas.* Ob. cit., p.95-96.

[15] A Central Nacional de Apoio e Acompanhamento de Penas e Medidas Alternativas (CENAPA), no âmbito da Secretaria Nacional de Justiça foi criada pela portaria ministerial n. 153 de 27/02/2002 do Ministério da Justiça e fomenta o desenvolvimento das alternativas penais, através de programas de capacitação de técnicos, divulgação de experiências e implantação de centrais de execução estaduais e federais, bem como pela implantação de varas especializadas na execução de penas e medidas alternativas nos estados membros.

[16] A expressão *restritiva de direitos* não é considerada tecnicamente a mais adequada para designar as penas substitutivas à pena privativa de liberdade. Além disso, equipara penas restritivas de liberdade, como a limitação de final de semana e proibição de frequentar determinados lugares, com penas pecuniárias e com restrições de direitos propriamente ditos, como a interdição temporária de direitos, tais como proibição ou suspensão da habilitação para condução de veículos ou o exercício de determinada profissão, além da prestação de serviços à comunidade. Além disso, não abrange as respostas penais aplicadas como condição da suspensão condicional do processo, do sursis e do regime aberto. Mesmo assim, com a autoridade que lhe é própria, Alberto da Silva FRANCO prefere utilizar essa nomenclatura sobre as demais ao referir-se às alternativas penais. FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal Interpretado.* São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. p.900.

[17] SHECARIA, Sérgio Salomão. *Penas Alternativas,* In *Penas restritivas de direitos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.220.

de conversão ou mesmo no transcurso do processo condenatório, *a noção de 'alternativa' pode ser mistificadora e enganadora, porque convive com a prisão e é uma etapa dela.*[18]

No mesmo sentido vai Luigi FERRAJOLI ao salientar que a experiência italiana e europeia das chamadas *alternativas* como opção à pena privativa de liberdade indicam que não são *alternativas* porque não excluem senão integram e complementam a pena privativa de liberdade.[19]

Verifica-se, portanto, que a expressão *penas alternativas* não significa o que pretende representar. Isso porque abrange, no seu largo espectro de significados, desde as obrigações de fazer ajustadas em sede de transações penais sem o amparo do princípio da legalidade das penas, passando pelas condições do sursis processuais, da suspensão da pena e até pelas penas substitutivas à privação de liberdade, restritivas de direitos ou multa, mantendo sempre a prisão como a principal referência do sistema de penas.

Superado o entusiasmo inicial, portanto, é importante não incorrer nas falácias e nos excessos que colocam em risco a proposta de humanização da punição pela substituição do cárcere por alternativas penais, tampouco se deve enveredar pela crítica extremista que acaba por ser descontextualizada e apropriada politicamente por um outro discurso[20] cuja proposta é justamente o aumento da utilização da prisão como única forma de punição, com o aumento do Estado repressor e atrofia do Estado social, como adverte o sociólogo francês Loic WACQUANT.[21]

Para tanto, deve-se estar atento às afirmações que apresentam alternativas penais como resposta eficaz aos problemas de superlotação

[18] CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal.* Ob.cit., p.233. Aliás, nesse sentido expressamente a Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal, que informa terem as penas restritivas de direitos um duplo propósito: aperfeiçoar a pena de prisão e substituí-la quando aconselhável, por formas outras de prisão dotadas de eficiente poder coercitivo.

[19] FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razon.* Ob. cit., p. 411, 414 e 419. Observam ainda Thomas BLOMBERG e Stanley COHEN que é totalmente equivocado falar em alternativas a punição como se a punição pela lei criminal fosse o método normal de controle social punitivo, quando se sabe que outras formas de controle antecedem ao controle social institucionalizado. BLOMBERG, Thomas e COHEN, Stanley. *Punishment and social control.* In *Punishment and social control: essays in honor of Sheldon L. Messinger.* BLOMBERG, Thomas et COHEN, Stanley editors. New York: Aldine de Grutyer, 1995, p. 09.

[20] McMAHON, Maeve. Net-widening; vagaries in the use of a concept. Ob. cit., p.121-149.

[21] Loic WACQUANT, *As prisões da miséria.* Ob.cit.,p.10.

dos presídios e à diminuição do custo da execução da pena. Isso porque a aplicação das alternativas à prisão não reduz a população prisional,[22] tampouco diminui os custos na execução penal, eis que se constata a ampliação do número de pessoas submetidas ao controle penal através das alternativas penais,[23] com a consequente necessidade de planejamento e contínuo investimento público para a adequada execução dos programas criados.[24]

Merece igual cuidado o discurso que apresenta as alternativas penais como respostas eficazes à impunidade, com o abandono progressivo das garantias do direito penal da culpabilidade à custa de resultados imediatos,[25] dando suporte à política de *tolerância zero,*[26] fenômeno da globalização hegemônica norte-americana cujo efeito simbólico ao público das classes médias somente é superado pelo aumento

---

[22] De acordo com Malcom FEELEY e Jonathan SIMON, o que mais diferencia o atual momento na história das práticas punitivas é o aumento das taxas anuais de encarceramento, sob a influência do modelo americano, ao mesmo tempo em que permanece o discurso das alternativas à pena de prisão. Constatam que o aumento massivo dos níveis de encarceramento é desproporcional ao crescimento demográfico e mesmo aos índices de criminalidade os autores, o percentual de presos por 100.000 habitantes nos Estados Unidos, de acordo com o departamento de estatísticas judiciais (Bureau of Justice Statistics) cresceu de 102 em 1974 para 244 em 1988. FEELEY, Malcom and SIMON, Jonathan. T*he new penology.* Ob. cit., p. 450. Acrescenta-se ainda que em 1995 eram 600 presos por cada 100.000 habitantes, num total de 1,7 milhões que, somados com os submetidos a outras formas de supervisão sem estarem presas perfaziam, na mesma data, cerca de 4,7 milhões de pessoas submetidas ao controle penal. LOTKE, Eric. *A dignidade humana e o sistema de justiça criminal nos EUA.* Ob. cit., p. 41.

[23] COHEN, Stanley. *The punitive city.* Ob.cit.,p.348. No mesmo sentido Juan BUSTOS RAMIREZ. *La problemática de las medidas sustitutivas* y *alternativas.* Ob. cit., p. 91-92.

[24] Com relação ao custo/benefício dos investimentos na execução dos programas de alternativas penais David GARLAND, *As contradições da 'sociedade punitiva': o caso britânico.* Ob.cit.,p.70-75 e FEELEY, M. e SIMON, J. *The new penology.* Ob. cit., p.449-475.

[25] A emergência dessa nova concepção traz consigo um discurso gerencial, de probabilidades e riscos, baseado em estatísticas criminais e com o objetivo explícito de controle de segmentos populacionais, em que aos poucos substitui a linguagem clínica e os julgamentos éticos retributivos, focados no indivíduo, por uma linguagem gerencial, com o desenvolvimento de novas tecnologias que tratam os indivíduos submetidos às penas como clientes ou colaboradores e objetivos sistêmicos, direcionados mais ao controle de eficiência do próprio sistema do que a qualquer objetivo externo ao sistema penal. BOTTOMS, Anthony. *Neglected features of contemporary penal systems.* Ob. cit., p. 172.

[26] CERVINI, Raul. *Os processos de descriminalização*. Ob. cit, p. 71.

de seletividade da polícia e pelo retorno do discurso da pobreza como potencial produtora da criminalidade.[27]

Também não se pode aceitar a afirmação de que pelo simples fato de serem alternativos, os substitutivos penais não estigmatizam o réu e reduzem a reincidência criminal. Essas afirmações, sem qualquer base empírica ou reflexão mais profunda da realidade brasileira, desconsideram que a estigmatização não decorre somente do cumprimento de uma pena carcerária, mas é resultado de complexo processo de seleção e etiquetamento, para o qual os registros criminais desempenham importante papel e a prisão é seu coroamento radical.

Tampouco se pode admitir, sob o argumento de serem menos gravosas que a prisão, que sejam utilizadas pela justiça criminal reações ao ilícito não previstas taxativamente pela lei penal (tais como monitoramento eletrônico ou telefônico, tratamento ou acompanhamento psicológico obrigatório, testagens periódicas, etc...), ainda que em sede consensual penal, sob o pretexto de busca de resultados sociais através do direito penal. Tais *medidas,* originárias da ideologia do tratamento medicinal e do correcionalismo prevalente nas concepções positivistas italianas e espanholas do final do século XIX, implicam na intervenção indeterminada e arbitrária do Estado na vida dos cidadãos.[28]

Vale nesse ponto destacar o que Eugênio Raul ZAFFARONI denomina de *embuste de etiquetas,* estratégia frequente que consiste em trocar o nome das penas criminais por medidas ou por outro nome qualquer que sirva tão somente para violar a legalidade estrita do direito penal e permitir a burla dos princípios que limitam a atividade punitiva do Estado.[29]

---

[27] LOTKE, Eric. *A dignidade humana e o sistema de justiça criminal nos EUA* . Ob. cit., p. 49 e FEELEY, Malcom and SIMON, Jonathan. *The new penology.* Ob. cit.,p. 469.

[28] Observa Miguel REALE JR que ao dar relevo ao conceito de periculosidade real como critério principal e conceber a pena como tratamento, após o estudo da personalidade do delinquente, possibilita a ampliação do arbítrio e a intervenção do Estado na vida do indivíduo, com o risco de determinar a conduta humana segundo padrões estabelecidos, muitas vezes politicamente comprometidos REALE JR., Miguel. *Novos rumos do sistema criminal.* Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 47.

[29] ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Crime organizado; uma categoria frustada.* In *Discursos sediciosos,* org. Nilo Batista. Rio de Janeiro: Editora Relume-Dumará, n. 1, 1996. No mesmo sentido da burla de etiquetas ver FRAGOSO, Heleno C. *Lições de direito penal.* Rio de Janeiro, Forense, 1985, 8ª ed,. p. 406.

Por outro lado, é inegável que a experiência das alternativas penais possibilita a adoção, no direito penal, de uma perspectiva que o considere parte de uma ampla política integral de proteção aos direitos, que proporcione ao sujeito alternativas para a solução e a superação de seus conflitos, tais como a reconciliação entre os envolvidos, a reparação ainda que simbólica do dano causado, para enfim intervir somente quando não houver nenhuma outra alternativa, nos casos limites, senão o exercício do poder punitivo como *ultima ratio,* como apregoava o visionário Alessandro BARATTA.[30]

Porém, essa nova perspectiva não deve significar a legitimação da expansão do âmbito de aplicação dos métodos tradicionais da política penal e em particular, das medidas privativas de liberdade, na hipertrofia do Estado repressor e na utilização do direito penal como fator de controle social em substituição às políticas públicas de proteção social,[31] mas a elaboração de um conjunto de medidas coerentes que levem em conta que a questão criminal é apenas um aspecto da complexa questão social. Isto significa que as intervenções punitivas propriamente ditas devem representar a menor e menos importante parte da política social, remetendo uma vez mais à formulação de Radbruch, *não o esboço de um Direito Penal melhor, mas o esboço de algo melhor que o Direito Penal.*[32]

Assim, aproveitando a abertura do sistema penal brasileiro proporcionada pelas alternativas à prisão, é imprescindível que a atuação do Ministério Público, titular exclusivo da *persecutio criminis* e fiscal da execução das respostas penais ao delito, seja coerente com sua função de defensor da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, zelando pela observância dos limites e pelas garantias constitucionais, resgatando a coerência do sistema de penas através da reflexão e análise de sua prática, para que sejam instrumentos legítimos de um Direito Penal Democrático.

Desse modo, a atuação do agente do Ministério Público na esfera criminal, nas hipóteses em que se vislumbra a possibilidade de aplicação concreta de alternativas à prisão, seja por ocasião das audiências de

[30] BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica*. Ob. cit., p.166 e BARATTA, Alessandro. *La política criminal y el derecho penal de la constitucional*. Ob.cit.p.35-48.
[31] WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria.* Ob.cit., p. 80.
[32] BARATTA, Alessandro. *Criminologia e dogmática penal.* Ob. cit., p. 24.

transação penal e suspensão condicional do processo, seja nas alegações finais e na fiscalização correta, individualização e execução da pena, consciente das implicações das alternativas à prisão no contexto da política criminal, não deve banalizar o exercício do poder de punir de um Estado comprometido com a promoção da dignidade humana e com a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, nos termos do artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Bibliografia

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Ed., 2ª ed., 1999.

____. *Criminologia e dogmática penal. Passado e futuro do modelo integral da ciência penal*. In *Revista de Direito Penal* n. 31. Rio de Janeiro: Ed. Forense.

____. *La política criminal y el derecho penal de la constitucion: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciências penales*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n.28, jan/mar 2000.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 4ª ed., 1999.

BITTENCOURT, César Roberto. *Juizados especiais criminais e alternativas a pena de prisão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

BOTTOMS, Anthony. *Neglected features of contemporary penal systems*. In *The power to punish: contemporary penalty and social analysis*. Ed. David GARLAND and Peter YOUNG. London: Heinemann Educational Books., 1983, p. 166-202.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 1959, v. 1., tomo I.

____. *Das penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. *La problemática de las medidas sustitutivas y alternativas*. In *De las penas: homenaje al profesor Isidoro de Benedetti*. Buenos Aires: Depalma, 1997.

CERVINI, Raul. *Os processos de descriminalização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 1959, v. 1, tomo I, p.13 -15.

COHEN, Stanley. *The punitive city: notes on the dispersal of social control*. In Contemporary crises, no. 3, 1979.

DOTTI, René. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1998.

____. *O novo sistema de penas*. In Reforma Penal. Org. Francisco de Assis Toledo. São Paulo: Editora Saraiva, 1985.

____. *O sistema geral das penas*. In *Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas — Lei 9.714/98*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FEELEY, Malcom and SIMON, Jonathan. *The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications*. In Criminology, vol. 30. n.4., 1992.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razon: teoria del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andres Ibanez. Madrir: Trota ed., 1995.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

GARLAND, David. *Punishment and modern society*. Oxford: Oxford University Press, 1990.

____. *Punishment and welfare*. England: Gower Publishing Company Limited, 1985.p.5.

GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LOTKE, Eric. *A dignidade humana e o sistema de justiça criminal nos EUA*. In Revista do IBCCRIM ano 6, n.24, out/ dez 1998.

MacMAHON, Maeve. *Net-widening; vagaries in the use of a concept*. The British Journal of Criminology. Spring 1990.Vol. 30, no. 2,p.121/149.

MINHOTO, Laurindo D. *Privatização de presídios e criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

REALE JR., Miguel. *Mens legis insana, corpo estranho*. In *Penas restritivas de direito: críticas e comentários às penas alternativas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

____. *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Ed. Revam, 1991.

____. *Crime organizado; uma categoria frustrada*. In *Discursos sediciosos*, org. Nilo Batista. Rio de Janeiro: Editora Relume-Dumará, n. 1, 1996.

WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 2000.

____. *Crime e castigo nos Estados Unidos: de Nixon a Clinton*. In *Revista de Sociologia e Política: cidadania e violência*. Curitiba: Editora Universidade Federal do Paraná. n.13, 1999.

MINISTÉRIO PÚBLICO E OS DIREITOS HUMANOS

Renata Christina Ballei
Promotora de Justiça Criminal em São Paulo e atualmente é a diretora-primeira-secretária do Movimento do Ministério Público Democrático – MPD.

Neste novo milênio, no cenário internacional, é unânime o reconhecimento dos direitos humanos. Mesmo regimes autoritários pretendem o respeito aos direitos de seus cidadãos, ainda que assim o façam apenas na declaração dos deveres para com os direitos do homem.

É bem certo também que o rápido progresso científico, técnico e médico da civilização não excluem a incapacidade das sociedades de definirem meios eficazes de controle desses direitos, de forma a garantir-lhes concreta efetividade.

Mas após 50 anos de declarações, tratados, pactos e cartas dispondo sobre o tema, há um saldo positivo a se admitir: passou-se à aceitação, pela comunidade mundial, de que as violações aos direitos do homem não são apenas "moralmente erradas", mas também ilegais; e, as "leis" que determinam a punição dos violadores dessas normas são fundadas em princípios maiores que as Constituições de cada país, único meio de garantia da paz mundial.

Nesse contexto, assume relevante papel o Ministério Público como instituição permanente que prima pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Como é cediço, os violadores das "normas" que preveem os direitos humanos podem agir tanto de forma comissiva como omissiva, cabendo ao Ministério Público o dever- poder de combater estes agressores, primando ora pela não interferência estatal, ora pela punição e/ ou exigência da tomada de providências por parte dos órgãos competentes.

Não se trata de mera função administrativa, mas da própria razão constitucional de ser da instituição, que tem como raiz a vontade do constituinte de dotar órgão capaz de garantir o efetivo cumprimento do Estado Democrático de Direito.

Note-se que na atual evolução histórica, consideram-se várias gerações dos Direitos Humanos. As duas primeiras refletem o primeiro momento pós-guerra, quando da Declaração Universal dos Direitos Humanos, após o que se seguiu grande problema dos juristas do mundo todo, frente à dificuldade de homogeneizar grupos de direitos ditos do Homem, tendo em vista as diferentes abordagens regionais de cada país.

A Guerra Fria condicionou, então, a separação das nações ocidentais e capitalistas, dos estados socialistas, de sorte a que o Ocidente priorizasse os direitos de primeira geração, consistentes no direito à vida, à segurança, à igualdade de tratamento perante a lei, o direito de propriedade, de ir e vir, a um julgamento justo, à privacidade, à liberdade de reunião, de palavra e de religião, todos previstos no Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos; enquanto os Estados marxistas, por sua vez, priorizaram os direitos de segunda geração consistentes no direito ao trabalho, abrigo, alimentação, segurança social, saúde, educação, lazer e relações trabalhistas, dentre outros, colacionados pelo Pacto Internacional Sobre os Direitos Econômicos Sociais e Culturais.

A relevância da história desses direitos guarda relação direta com a forma de atuação do Ministério Público, já que o órgão, dependendo dos Direitos fundamentais da pessoa humana que decorrem daquela classificação dicotômica, assumirá estratégia diversa para compelir a postura do Estado como garantidor de tais direitos, ou seja, a estrutura dos direitos frente ao Estado será sempre o pressuposto para determinar a atuação da instituição.

Enquanto os direitos de segunda geração sempre pareceram consagrar a exigência de um cumprimento progressivo, de maneira permitida pela força da economia dos Estados, necessitando de medidas positivas (normativas ou fáticas) para prover os cidadãos com habitação, educação e emprego; os direitos de primeira geração permitem implementação imediata pelos Estados nacionais. As chamadas obrigações negativas apenas impedem que o Estado pratique determinadas interferências, ou seja, que os direitos sejam de resistência face o Estado (direito ao não impedimento de ações, direito a não afetação de propriedades e situações, e direito a não eliminação de posições jurídicas).

Note-se que, ao mesmo tempo diante da primeira geração dos direitos humanos (direitos de liberdade), o Estado é considerado como seu principal

violador, na segunda geração, (direitos sociais e econômicos) o pressuposto é o Estado como seu principal garantidor.

Para tanto, no Brasil, o Ministério Público encontra-se dotado de instrumentos para a garantia tais direitos, na área penal, por meio da ação penal pública e do controle externo da polícia (para salvaguarda dos direitos de primeira geração) e na área cível, por meio do inquérito civil e da ação civil pública (para garantia material dos direitos de segunda geração).

É na grande esfera dos direitos humanos, no sentido amplo, que se exige maior esforço para monitorar, prevenir e combater a violência, punir a tortura, garantir a todos o direito à saúde, garantir o respeito ao direito à moradia e para fazer realizar o direito à reforma agrária.

A ação penal pública, função privativa do Ministério Público, constitui instrumento poderoso para que se busque soluções justas para reprimir aqueles que violam os direitos humanos. A legislação especial prevê, ainda, sanções específicas de proteção à criança e ao adolescente, ao consumidor, ao deficiente físico (lei 7853/89); contra a discriminação racial (lei 1390/51, lei 7437/85, lei 7716/89), definiram-se crimes resultantes de atos discriminatórios ou de preconceito de raça, religião, etnia ou de procedência nacional, praticados por meios de comunicação de massa (lei 8081/90). Assim, na delegacia de polícia, o racismo já não é mais tratado como injúria e a tortura deixou de ser encarada como crime de lesões corporais ou abuso de autoridade.

O compromisso do Ministério Público, como fiscal da lei e defensor da ordem jurídica, é zelar pelo cumprimento da legislação relativa às condições carcerárias, assim como combater investigações criminais viciadas por abusos ou violência, contribuindo também para segurança de vítimas e testemunhas de crimes violentos, que correm risco de vida.

Durante um inquérito policial, de nada vale a prova obtida através da tortura, ou de outras formas de violência, já que tal procedimento inviabilizaria ação penal decorrente dessa investigação, gerando nulidade do processo e, em consequência, impunidade.

O controle externo da atividade policial é função institucional recente, que já desponta promissora no combate à tortura, maus-tratos e abusos de autoridade.

Atualmente, mais que nunca, no âmbito civil, o instrumento das ações civis públicas compele o Estado a operacionalizar sua estrutura e atender às demandas pela garantia dos Direitos Humanos. O Ministério Público, no uso do instrumento, por sua vez, tem possibilidade de determinar o caráter democrático do sistema, exigindo que as instituições assegurem ao povo, o efetivo desfrute dos direitos sociais.

O inquérito civil público e a ação civil pública são mecanismos processuais que vêm sendo utilizados com frequência pela Instituição para garantia dos direitos difusos e coletivos destinados à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, da defesa das pessoas portadoras de deficiência física, da criança e do adolescente, dentre outros.

É importante frisar, no entanto, que apesar das diferenças, a classificação rígida separando por um lado direitos civis e políticos e por outro, direitos econômicos, sociais e culturais, não é sustentável na prática.

Os juristas internacionais contemporâneos constataram que a concretização dos direitos civis e políticos sem o usufruto dos direitos econômicos, sociais e culturais é impossível, e que os direitos do homem são indivisíveis e interdependentes.

Hoje em dia, as distinções tradicionais entre direitos de primeira e de segunda geração parecem fora de moda perante o reconhecimento crescente concedido ao que por vezes é chamado de direitos de terceira geração (fraternidade ou solidariedade). Os direitos de terceira geração são direitos básicos dos povos, direitos coletivos ou de grupo, que incluem o direito à autodeterminação, ao desenvolvimento, os direitos dos povos indígenas, o direito a um ambiente protegido, direito à paz, de participação no patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Estão representados especificamente na declaração de Argel, de 1977.

Na terceira geração de direitos humanos, destaque-se a atuação ministerial da União, através das Procuradorias da República, na defesa jurídica das populações indígenas visando a proteção e a organização social, dos costumes, das línguas, das crenças, das tradições e dos direitos originário sobre suas terras.

Neste passo, também o zelo pelo efetivo respeito aos serviços relevantes assegurados pela Constituição é ferramenta para que o Ministério Público faça valer os direitos das crianças, como é o caso

exemplificativamente da legitimidade para ingressar com a ação investigatória da paternidade, de ação que garanta o ingresso de alunos em escolas, dentre outras.

Na verdade, como bem ditado no Congresso de Viena, em 1993, as três gerações de direitos são categorias que antes de se excluírem, se completam. Os direitos são universais, inalienáveis, invioláveis, iguais e indivisíveis.

Assim, "os direitos do homem estão inter-relacionados e a comunidade internacional deve tratar os direitos do homem globalmente de uma maneira justa e igual, no mesmo pé, e com a mesma ênfase. Os direitos econômicos, sociais e culturais devem ser tomados tão a sério como os direitos civis e políticos".

A Declaração de Viena contém questões tais como direitos das minorias, direitos das mulheres, educação para os direitos do homem e modos de implementar e monitorar os direitos humanos. Mas, o significado maior, sobretudo para os países do Terceiro Mundo, que na maioria não tiveram oportunidade de participar da elaboração dos pactos até então existentes, foi a aceitação de que o direito ao desenvolvimento é universal, inalienável e parte integral dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Cumpre anotar que já há certa tendência para se reconhecer uma quarta categoria de direitos, em decorrência da globalização política na esfera da normatividade jurídica. Tais direitos consistiriam no direito à democracia, à informação e ao pluralismo, os quais viriam ao encontro direto dos anseios dos três primeiros.

Na verdade, a evolução dos direitos humanos de primeira e segunda geração para os de terceira e quarta, nenhum valor guarda, a não ser para registro histórico, vez que a ideologia contemporânea é no sentido de que os direitos são complementares e necessitam de proteção conjunta sob pena de garantia meramente formal dos direitos do Homem.

Já se sabia com as duas primeiras gerações que os direitos eram complementares; com as duas últimas gerações, chegou-se à conclusão de que as garantias dos direitos também se completam e não há garantia de Direitos do Homem se não houver uma finalidade específica muito clara: o Desenvolvimento Sustentável.

Com esta nova ideologia, o Estado não pode ser mais compelido simplesmente a garantir um determinado direito violado, com uma prestação definida e isolada, mas instado a garantir direitos de finalidade específica maior, a do desenvolvimento.

O Ministério Público tem o dever de zelar para que a dignidade social do cidadão decorra de uma igualdade real.

A chamada "igualdade real" decorre do direito ao desenvolvimento. A ótica é a sustentabilidade dos direitos assegurados de forma a ensejar o progresso das nações, sobretudo dos países subdesenvolvidos, para salvaguarda efetiva dos direitos mais primitivos do Homem.

A ação civil pública, neste contexto, ganhou novo rosto e este é o desafio contemporâneo do Ministério Público: postular em juízo a tutela dos interesses difusos e coletivos civis de forma a garantir o desenvolvimento.

Nas duas primeiras gerações dos direitos humanos, o papel da instituição tinha contornos bem traçados, sobretudo no âmbito penal. A fórmula era: punir o agressor.

Com as duas últimas gerações, a área cível ganhou destaque. A ideia do inter- relacionamento de todas as gerações exigiu um novo perfil para uma ação civil pública do órgão ministerial.

Já se foi o tempo em que defender direitos humanos consistia em assegurar os direitos dos presos e evitar a tortura, ressalte-se, não retirando a necessidade desta atuação ainda na atualidade.

A novidade, agora, é compelir o Estado a suprir as omissões estruturais que determinam afronta aos direitos do Homem, impondo-lhe determinadas prestações, mas sempre com a finalidade específica de visar ao desenvolvimento.

Há de se lembrar que a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento promulgada pela Assembleia Geral da ONU, em dezembro de 1986, dispôs que :

> O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual, todo ser humano e todos os povos estão facultados para participar em um desenvolvimento econômico, social, cultural e político, no qual possam se realizar plenamente todos os direitos

> humanos e liberdades fundamentais, a contribuir a esse desenvolvimento e a dele desfrutar.

Trata-se da positivação de direitos coletivos da cidadania. A norma prevê que o cidadão tem direito que o Estado venha a garantir-lhe os direitos sociais fundamentais e a que o Estado desenvolva políticas de desenvolvimento que visem à implementação de tais direitos. Estas políticas de desenvolvimento são programas de ação capazes de executar avanços a prazo determinado, respeitando o padrão de vida já alcançado da população, não admitindo retrocessos.

A este respeito, o comentário de José Eduardo Faria:

> Com a expansão dos Direitos Humanos que nas últimas décadas perderam seu sentido liberal originário e ganharam uma dimensão social ficou evidente que pertencer a uma dada ordem político-jurídica é também desfrutar do reconhecimento da condição humana.

Atualmente, constitui garantia dos direitos humanos um Estado capaz de identificar as diferenças e as singularidades dos cidadãos, promovendo justiça social, corrigindo disparidades econômicas e neutralizando uma iníqua distribuição de renda, de prestígio e de conhecimento.

Não há como olvidar que a construção de uma sociedade justa e solidária, concretizando os direitos sociais brasileiros pressupõe um Estado que possa ser compelido a gerar renda de forma a garantir a igualdade interna. Não adianta o crescimento do país em termos comparativos externos, o PIB aumentado deve ser capaz de garantir crescimento interno gerando novos empregos e diminuição da pobreza. É preciso crescer para dentro e não para fora.

Para que o crescimento seja voltado para o interior do país, a única forma de garantir o efetivo respeito aos direitos humanos contemporâneos é o Ministério Público, que tem o dever-poder de exigir não só políticas públicas efetivas, mas como assegurar que recursos destinados a estas políticas sejam empregados de forma a viabilizar a igualdade social.

Neste contexto, não há como se excluir a atuação ministerial sob a alegação de interferência nos poderes, no controle do Judiciário sobre a discricionariedade do Executivo, ou na independência da tripartição dos Poderes, já que a base legal para essa atuação são os direitos e garantias

fundamentais do Homem e o pressuposto para a efetividade desses direitos é a inter-relação das competências e integração dos poderes.

Um dos conceitos que sustenta a proteção dos direitos do homem na lei internacional é a dignidade do indivíduo. No primeiro parágrafo do preâmbulo à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, repetido nos preâmbulos dos dois Pactos Internacionais de 1966 (Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional Sobre os Direitos Econômicos Sociais e Culturais),

> o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no Mundo.

Nas palavras de um dos redatores originais da Declaração Universal:

> o mundo não tem futuro a menos que o império da lei, incluindo o reconhecimento dos direitos do homem, esteja incorporado no nível supranacional.

Como bem explicitado por Angela Hegarthy e Siobhan Leonard:

> Embora a humanização da lei internacional tenha produzido um movimento mundial de profundo significado político, a realização positiva de alguns dos mais básicos direitos do homem está ainda por vingar. Embora haja uma pletora de convenções internacionais relativas a direitos econômicos, sociais e culturais, ainda existem 1,2 bilhão de pessoas sem acesso à água potável e 1,3 bilhão de pessoas vivendo abaixo da linha de pobreza, segundo as Nações Unidas. Apesar do reconhecimento quase universal dos direitos da criança, milhões de crianças continuam analfabetas, mal alimentadas e globalmente maltratadas. Apesar do genocídio ser proibido na lei internacional, muitos Estados ainda se recusam a sancionar a criação de um tribunal criminal internacional a tempo inteiro.

Tal panorama demonstra que só será possível a real implementação dos direitos do homem, quando o desenvolvimento for posto como norteador de qualquer pleito visando a salvaguarda de tais direitos.

Os países que ratificaram a Declaração de 1948 reconheceram ser essencial a “consciência moral da humanidade”; cinquenta anos depois, mais do que nunca, os direitos humanos representam o horizonte dos povos, a única forma da humanidade poder alcançar relações justas e pacíficas.

O Ministério Público, no Brasil, sofre profundas modificações nos últimos vinte anos, justamente para constituir-se instrumento eficaz na consecução desses direitos em nosso território.

MÍDIA E CIDADANIA

Roberto Livianu
Promotor de Justiça em São Paulo e doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo – USP, associado ao Movimento do Ministério Público Democrático – MPD e secretário da Federação de Associações de Juízes para a Democracia da América Latina e Caribe.

Vivemos tempos de democracia em nosso país e sabemos o quanto foi árdua a luta para conquistar na plenitude as liberdades públicas sonhadas por todos os brasileiros. Como foi difícil o caminho até a total restauração do Estado Democrático de Direito. Pagamos alto preço por nossa liberdade e bem por isso, não podemos abrir mão dela, custe o que custar.

Mídia e Cidadania, mais do que palavras que se combinam, precisam existir em harmonia. Elas pressupõem democracia e a prevalência dos princípios republicanos.

No mundo contemporâneo, a mídia pode formar ou deformar. Pode tanto ou mais que o poder político. Molda matrizes culturais de gerações inteiras, especialmente onde o sistema educacional não esteja cumprindo seu papel como deveria.

E, por isso, a mídia ideal é aquela produzida com intransigente responsabilidade social. Aquela que informe no sentido de contribuir para a formação de seres humanos éticos, conscientes e solidários. Aquela que vasculhe o campo público, investigue eticamente e exponha mazelas, mas que além de mostrar o "circo pegando fogo", mostre a ação pronta e eficiente dos bombeiros que o contenham. Uma mídia que se preocupe em informar para construir cidadania.

Como ensina Jurgen Habermas, a mídia tem papel vital na formação da opinião pública. E a formação sadia da opinião pública tem relação direta com a consolidação da cidadania. Pessoas bem informadas conhecem melhor sua condição, seus direitos. Assim, podem lutar para adquiri-los e também mantê-los.

Quer sejam direitos civis (a igualdade perante a lei, as liberdades), quer políticos (participação das decisões sobre o destino da sociedade), quer sociais (participação na partilha da riqueza coletiva – educação, saúde,

trabalho justo, etc.), direta ou indiretamente, precisam da boa mídia para se tornarem realidades concretas.

E a mídia precisa de liberdade. Com responsabilidade. Não se pode admitir a aprovação de projetos de lei que instituam mordaças autoritárias, que vêm, com certeza, na contramão do interesse da coletividade.

Quando o Ministério Público torna público aquilo que apurou, as responsabilidades que promoveu e as respostas punitivas que obteve, presta contas à sociedade. E deve prestá-las sempre de forma responsável e impessoal, sem vaidades.

Devemos nos lembrar também que a mídia não pode ser censurada, mas pode ser controlada. Com razoabilidade e bom senso.

Como enuncia a Constituição Federal no seu artigo 221, a programação de TV deve dar preferência à finalidade educativa, artística, cultural e informativa. Deve promover a cultura nacional e regional, além de fomentar a regionalização da produção cultural, artística e jornalística, respeitando sempre os valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Há muitas produções de baixo nível na TV, às quais não se pode ficar indiferente. Devem-se desprezar os maus programas, pois assim, sem audiência, terão dificuldade em captar patrocínio e estarão fadados à extinção.

O melhor controle é aquele que a própria comunidade pode e deve fazer. Se nos unirmos pela ética na TV, poderemos controlar coletivamente sua qualidade, além de contribuirmos para o desenvolvimento sadio das crianças e adolescentes brasileiros evitando que estes vejam maus programas. Podemos exigir do Governo rigor nas concessões de canais de TV, assim como vigorosa fiscalização do cumprimento das obrigações pelas concessionárias.

Mas, se mesmo assim houver abuso, os responsáveis devem ser punidos exemplarmente, pois o interesse da coletividade deve sempre ser preponderante sobre o interesse individual.

Por outro lado, as relações opacas não são mais toleradas. Em plano nenhum. Não se aceita a falta de transparência no campo das relações privadas – com a escola, com o médico, com os amigos, com os amores.

Não se pode admitir, nem por hipótese, portanto, a falta de transparência nas relações no campo público.

No entanto, não se pode, em nome da transparência, fazer da notícia e do jornalismo, um espetáculo, como adverte José Arbex Jr. (Showrnalismo – a notícia como espetáculo). A mídia precisa respeitar a condição humana, evitando a prática dos sete pecados capitais enumerados por Paul Johnson.

A mídia precisa entender que seu tempo ideal muitas vezes não coincide com o tempo concreto da distribuição da justiça e que a divulgação precipitada de alguma informação pode frustrar investigações, e consequentemente, as responsabilizações delas decorrentes.

Assim, não é difícil perceber que a produção de mídia responsável está diretamente relacionada à construção da cidadania plena no Brasil, cujo esforço ganhou ímpeto após o término da Ditadura Militar, em 1985, há pouco mais de 20 anos, portanto.

O direito à informação

Passados pouco mais de quinhentos anos do início da colonização do Brasil, parcela importante da elite política brasileira conserva, ainda hoje, sua incapacidade de distinguir crítica ao exercício do poder dos agentes políticos e ocupantes de cargos públicos, da crítica meramente pessoal, que se misturam e desenvolvendo verdadeiros sentimentos de aversão a qualquer juízo crítico disseminado pelos meios de comunicação.

Uma das explicações possíveis para isso é a matriz cultural patrimonialista, que as impediria de fazer a necessária separação entre os campos público e privado.

Marrey (Democracia Amordaçada – Folha de S. Paulo, 15/02/2000) lembra que

> a liberdade de imprensa constitui valor essencial ao regime democrático, porque nas sociedades contemporâneas ela é um indispensável instrumento de controle dos abusos e dos desvios do poder.

É importante dispor de uma imprensa livre que possa não só informar, mas também, e principalmente, servir de palco para debates, opiniões e críticas, sobretudo para tematizar a atividade do Estado e seus agentes.

Mas, seguindo a tradição de nosso país, de tempos em tempos, procura-se obstruir este direito, usando de vias oblíquas, como a chamada "Lei da Mordaça", que, a pretexto de proteger o cidadão comum do abuso de certas autoridades, em verdade tem o objetivo de cercear o direito à informação.

Marrey prossegue salientando que, ao se

> tolher o direito dos membros do Ministério Público, principal alvo da "Lei da Mordaça", de se manifestar aos meios de comunicação, compromete-se a liberdade de informação, que pressupõe o direito de informar, o direito de ser informado, o acesso às fontes de informação e a liberdade de obtê-la. Como falar em isenção e imparcialidade se na cobertura de uma investigação a imprensa só poderá veicular a versão do próprio investigado e de seus advogados?

A Constituição Federal, em seu artigo 37, ao relacionar os princípios fundamentais que devem ser obedecidos pela administração pública, especifica: legalidade, impessoalidade, moralidade, PUBLICIDADE e eficiência.

A exigência de publicidade pode ser compreendida como garantia contra o uso abusivo do poder, contra o mandonismo e privilégios, que tem no Movimento Iluminista, da segunda metade do século XVIII, importante referencial histórico e fonte inspiradora, já que a partir de então se consolidaram novos parâmetros para a relação entre o Estado e o indivíduo.

Por vocação histórica autoritária, o sistema de Justiça brasileiro sempre procurou ser opaco ao olhar público, pervertendo, na sombra da subserviência, sua própria origem e legitimação. No estado de São Paulo, o Ministério Público começou a trilhar um novo caminho em 1996, quando teve início o mandato do Procurador-Geral de Justiça Luiz Antonio Marrey, que nitidamente reposicionou a instituição em relação à mídia, tornando o MP transparente e acessível a ela.

Internamente, a abertura também se manifestou quando Marrey, em 06/01/98, em seu primeiro mandato à frente da Procuradoria-Geral de Justiça, revogou o Ato PGJ/ CGMP n. 02/70, que condicionava a concessão

de entrevista de membro do MP à mídia à uma prévia autorização do Procurador-Geral de Justiça.

Fundou-se no art. 127, par. 1.o da Constituição Federal, que preconiza a independência funcional dos membros do Ministério Público e editou o Ato n. 137/98, revogando o anterior, elaborado durante o período da Ditadura Militar e que vigorou durante 28 anos.

Registre-se, portanto, que tal autoritária norma vigorou mesmo depois da vigência da Constituição Federal de 1988, durante quatro mandatos, cumpridos por três diferentes Procuradores-Gerais de Justiça.

Mas, na medida em que nossa sociedade se democratiza, é cada vez mais sentida a importância da atividade judiciária e de seu questionamento também. Magistrados, seus tribunais, procedimentos e os próprios julgamentos iluminam-se e são, aos poucos, trazidos para as praças públicas – seus mais verdadeiros e apropriados espaços, a exemplo do MP, já que o eixo da própria ideia de um processo judicial é sua natureza publicista, ou seja, o de uma obra transparente, realizada aos olhos de todos e que não tenha nada a esconder.

Estes novos parâmetros impõem a publicidade como regra, e o sigilo, ou o segredo, como exceção. Todos têm o direito de acessar o conteúdo das investigações e dos processos judiciais, via de regra. Só não terão este direito, excepcionalmente, se houver decisão judicial determinando de forma fundamentada, o sigilo.

Portanto, as autoridades públicas não só podem, como devem, prestar contas sobre seus atos em investigações ou atos processuais, sempre devendo estar atentas ao seu dever de responsabilidade na divulgação de informações.

Muitas vezes, a divulgação precipitada de uma informação obtida ou de uma suspeita construída pode vir a prejudicar o êxito da investigação, frustrando futuras diligências. Portanto, quem pretende fazer a divulgação, precisa avaliar com extrema prudência sobre a conveniência e o momento de fazê-lo.

A conclusão da investigação e a geração de um relatório a respeito dela, o recebimento de uma denúncia criminal, a concessão de liminar, de tutela de urgência ou a prolação de sentença são alguns exemplos de marcos

temporais, em que a divulgação talvez seja até recomendada. Mas isto deve ser aferido concretamente em cada caso.

Lembremos o caso Escola Base, em que uma divulgação prematura e irresponsável por parte de uma autoridade policial destruiu reputações e liberdades, entre outros bens de pessoas que foram injustamente acusadas da prática de abusos sexuais contra crianças.

Aliás, este é exatamente um dos sete pecados capitais listados (JT 24/03/93) por Paul Johnson, historiador, ensaísta e jornalista influente no pensamento liberal contemporâneo, conforme registra Eugênio Bucci (Sobre ética e imprensa – Ed. Companhia das Letras – 2002). A publicação inaugurou na época, uma série de debates sobre ética na imprensa brasileira. Eis os sete pecados:

- Distorção, deliberada ou inadvertida.
- Culto das falsas imagens.
- Invasão da privacidade.
- Assassinato de reputação.
- Superexposição do sexo.
- Envenenamento das mentes das crianças.
- Abuso de poder.

Portanto, a privacidade deve ser respeitada nas situações em que houver quebra de sigilo bancário, fiscal ou telefônico, por exemplo. Mas o direito à proteção da intimidade não pode ser deturpado para que se converta em antídoto do princípio da publicidade.

O próprio Código Penal, no seu artigo 325, dentre os crimes contra a administração pública, pune com pena de detenção de 6 meses a 2 anos, aqueles que revelam fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação.

Além disso, eventuais excessos de membros do MP ou da magistratura podem e devem ser objeto de responsabilização disciplinar pelas Corregedorias de ambas as carreiras.

Portanto, há como punir quem desrespeite o direito à privacidade, revelando segredos indevidamente. E a lei penal se aplica indistintamente a qualquer agente, inclusive aos agentes políticos, como magistrados e membros do Ministério Público.

Iniciativas legislativas desta natureza, voltadas a inibir ou impedir a divulgação de fatos públicos por natureza, violam direitos de toda sociedade, que clama pela eficácia dos mecanismos de controle dos abusos do poder.

Importante registrar também que, em pesquisa realizada pelo Ibope em fevereiro de 2004, em cento e cinquenta e cinco municípios das cinco regiões do Brasil, com margem máxima de erro de 2,2 pontos percentuais, aferiu-se a opinião dos entrevistados sobre o tema divulgação de informações para a população a respeito de investigações e processos em que o Ministério Público estivesse atuando, exceto os protegidos por sigilo.

Das pessoas ouvidas (2000 entrevistados), 78% delas responderam que deveria haver divulgação, 15% delas disseram que não se deveria divulgar e 7% não souberam responder ou não opinaram.

Midiatização e espetáculo — desafios para a cidadania em construção

A sociedade contemporânea (dita “pós-industrial”) é conduzida pela midiatização, pela tendência à virtualização das relações humanas.

Muniz Sodré (Eticidade, campo comunicacional e midiatização, in Sociedade Midiatizada, ed. Mauad X, 2006) define a midiatização como sendo uma ordem de mediações (ação de fazer ponte ou fazer comunicarem-se duas partes) socialmente realizadas. Por isso é que a linguagem é considerada mediação universal.

Lembra-nos que “da mídia para o público não parte apenas influência normativa, mas principalmente emocional e sensorial, com o plano de fundo de uma estetização generalizada da vida social, onde identidades pessoais, comportamentos e até mesmo juízos de natureza supostamente ética passam pelo crivo de uma invisível comunidade do gosto, na realidade o gosto médio, estatisticamente determinado”.

Também salienta o autor que a midiatização pode ser pensada como um novo modo de presença do sujeito no mundo, um novo bios, uma quarta esfera existencial, com uma qualificação cultural própria (“tecnocultura”).

Qualifica-a como um quarto (e novo) bios, tendo em vista a classificação de Aristóteles, em sua Ética a Nicômaco, em que este concebe três bios na Polis (formas de existência humana): bios theoretikos

(vida contemplativa), bios politikos (vida política) e bios apolaustikos (vida prazerosa).

Nesse novo bios, a cultura da mídia oferece rico material para fantasia e sonho, moldando pensamento e comportamento, construindo identidades. A mídia é estruturadora e restruturadora de percepções e cognições, funcionando como agenda coletiva.

Douglas Kellner (Cultura da Mídia e Triunfo do Espetáculo, in Sociedade Midiatizada) assinala que a vida político-social também é moldada pelo espetáculo: assassinatos surpreendentes, ataques terroristas, escândalos sexuais de celebridades e políticos e a violência explosiva do cotidiano.

Lembremo-nos da recente cobertura da guerra urbana paulista (mais paulistana), em que cenas da violência eram repetidas à exaustão, inclusive a do incêndio de um ônibus que foi mostrada várias vezes durante todo o dia, com a tarja AO VIVO, gerando às pessoas a nítida (porém falsa) impressão de que o incêndio acontecia no momento de cada uma das veiculações da cena pela televisão.

Diversos rituais internacionais como os Jogos Olímpicos, Copa do Mundo, Oscar e Emmy celebram os valores dominantes e validam sociedade baseada na competição e na vitória.

Kellner destaca que a própria globalização se expandiu através do espetáculo militar e do império. A história pré-moderna engloba a ascensão e a queda do Império Romano, a expansão dos impérios de Genghis Kahn, a disseminação e o triunfo do Cristianismo e do Islamismo, e a ascensão dos Estados-Nações modernos e da Europa Ocidental e, por fim, dos Estados Unidos. No início do período moderno, Maquiavel aconselhou seu "príncipe" sobre o uso produtivo do espetáculo para o controle governamental e social, e os imperadores e reis dos Estados modernos cultivaram-no como parte de seus rituais de governo e poder.

O entretenimento popular há muito tem suas raízes no espetáculo, enquanto a guerra, a religião, os esportes e outros domínios da vida pública foram terrenos férteis para a propagação do espetáculo por séculos. Agora, com o desenvolvimento de novas tecnologias de informação e multimídia, os tecno-espetáculos vêm moldando decisivamente os contornos e trajetórias das sociedades e culturas atuais, ao menos nos países capitalistas avançados. O

espetáculo midiático também se tornou um elemento determinante numa era de terrorismo e guerra.

Guy Debord (A Sociedade do Espetáculo – Ed. Contraponto – 1997) advertiu também que o espetáculo não é um conjunto de imagens, mas uma relação social entre pessoas, mediada por imagens.

Assim, no mundo da mercadoria, o espetáculo torna-se sinônimo de cultura, o centro de significação de uma sociedade sem significação, ideologia materializada sobre a vida dos homens: depois de ter alienado os homens ao transformar seu "ser" em "ter" (fase da propriedade privada depois da industrialização), o espetáculo promove a passagem e a degradação do "ter" em "parecer", sintetiza Frédéric Martel em seu comentário ao pensamento de Debord.

O espetáculo torna-se, pois, o reino da mercadoria, reduzindo a cultura ao mais alto grau de alienação, reino da passividade absoluta do indivíduo, contemplação e empobrecimento da vida vivida. O espetáculo é "o" que fala enquanto "átomos sociais" escutam, instaurando, portanto, o mundo do "não vivido".

Como deveríamos nos posicionar nos debate sobre a transmissão ou não pela TV do julgamento de Suzane Von Richtoffen e dos irmãos Cravinhos, pelo duplo homicídio dos pais dela?

Num primeiro olhar, pode parecer, e também a mim mesmo pareceu, que a veiculação televisiva seria garantidora da publicidade plena, como pensam os dignos, corajosos e valorosos Promotores de Justiça que atuam no caso: Roberto Tardelli e Nadir de Campos Jr, que defenderam tal posicionamento no artigo que assinaram na Folha de S. Paulo de 02/ 06/ 06 (A transparência incomoda). Disseram que "a transparência que decorre do acesso público daquilo que se passa num julgamento – por suposto, em que não haja sigilo determinado por lei ou, fundamentadamente, pelo juiz – é parte do aprimoramento do processo democrático do país e essencial para a boa administração da Justiça". Afirmaram ainda que "os riscos existentes podem ser enfrentados desde que haja profissionalismo das partes e juízes. Não se confunde transparência com linchamento público, encoberto por um véu de jurisdição. Jamais seria o que se pretende, eis que o fundamento é a garantia do amplo direito de defesa (não o direito a chicanas, não o direito à

zombaria jurídica), do devido processo legal, da igualdade entre as partes. Do processo, enfim, aberto e inteligível a todos nós".

Examinando com mais profundidade o assunto, entretanto, chego à conclusão de que a transmissão pela televisão daquele específico julgamento poderia transformá-lo em espetáculo e colocar em risco a concretização de seus objetivos e os próprios fins do Direito Penal e Processual Penal.

É fundamental que se busque realizar o processo de forma aberta e inteligível a todos, como bem salientam os promotores. Aliás, é isso que legitima a transmissão de sessões do STF pela TV Justiça. Mas a situação em foco é diferente, e assim merece ser tratada.

O julgamento de um crime e a aplicação da pena a ele cabível são vistos por muitas pessoas hoje como forma de vingança social, o que não condiz com os efetivos objetivos do processo e da punição penal, que deve visar, em um plano macro, a pacificação social, e, mais especificamente, a prevenção especial e a ressocialização do criminoso.

Seria possível imaginar que a transmissão deste julgamento pela TV pudesse minimamente contribuir com a pacificação de nossa sociedade? É fácil perceber que não.

Alberto Silva Franco (A Comercialização de um julgamento – Folha de S.Paulo – 02/06/06) adverte que "o primeiro e mais verdadeiro réu de um julgamento é o próprio julgamento. Julgar um crime não é permitir igualar-se a ele, mas, sim, advertir- se com ele. Não julgamos pessoas e suas almas, mas, simplesmente, os fatos e a medida da razoável censura. Não se trata de inaugurar espetáculos emotivos e invasivos, com exposições televisivas intensamente dramáticas em redes nacionais de comunicação que se movimentam por sentidos concorrenciais e propagandísticos.

Não temos o direito de transformar escuras tragédias humanas em mercadorias comerciais e vendê-las como produtos massificados. Não podemos selecionar ao acaso três jovens, perdidos em meio a uma cultura consumista e imediatista, para serem autênticas bruxas prestes a queimar em um dia festivo, para o delírio coletivo e episódico de uma multidão que veja, nesse instante rápido, a oportunidade de escapar da mesmice de suas rotinas alienadas e cinzentas. Justiça não é circo, mas é pão, já que ela há de ser o alimento que deve nutrir a existência política de um povo."

Foucault também critica, em Vigiar e Punir, o que denomina de "festa da punição".

A verdade é que, infelizmente, na sociedade consumista e imediatista na que vivemos, os cidadãos apenas consomem opções políticos-eleitorais que lhe são apresentadas já devidamente embaladas por trabalhos geniais de publicidade, já que os brasileiros estão entre os mais criativos do planeta. O horário eleitoral da TV e rádio é decisivo. Os debates são superficiais e protagonizados pelos marqueteiros. Declina cada vez mais o engajamento nos partidos políticos.

Bucci alerta que além de mediar as relações sociais, o consumo transforma direitos fundamentais como educação e saúde em mercadorias de uma cidadania, por assim dizer, privatizada. Os planos da rede pública de hospitais são oferecidos aos eleitores pela televisão em campanhas eleitorais como se fossem ilhas paradisíacas em meio à miséria, com salas cirúrgicas ultra-iluminadas e helicópteros lustrosos cruzando os céus da metrópole.

Isto pode ser melhor compreendido quando se lembra da internacionalização do sistema capitalista (iniciada há séculos, mas muito acelerada pelos avanços tecnológicos recentes) e da criação de blocos econômicos e políticos. Estes dois fatores têm reduzido o poder dos Estados e modificado as identidades nacionais.

Esta redução afeta a natureza dos antigos direitos, especialmente os políticos e sociais, o que amesquinha a importância do direito de participar.

Além disso, a intensificação da competição internacional pressiona o custo da mão-de- obra nas finanças estatais, o que repercute no emprego e nos gastos do governo, dos quais dependem os direitos sociais, o que reacende o debate sobre a cidadania, mesmo onde aparentemente era tido como resolvido.

Trata-se de complexo problema para a cidadania em construção em nosso país! Devemos enfrentá-lo!

Ética e Ministério Público. Uma reflexão em três momentos

Roberto Romano
Professor de Ética e Política do Departamento de Filosofia do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas – IFCH da Unicamp

John Greville Agard Pocock publicou há bom tempo um livro interessante, com título ainda mais atrativo: *O momento maquiavélico.*[1] Quem observa a realidade institucional brasileira, intui o nexo entre os escritos de Maquiavel e a nossa experiência coletiva. Das múltiplas passagens entre os textos do grande pensador político e o Brasil de hoje, uma são das mais significativas: a busca de atenuar (visto ser impossível abolir) a vingança, fonte grave de ingovernabilidade. Quando se tenta pensar os elos entre a ética e o Ministério Público, este veio é promissor. Em terra conturbada pela corrupção política e na qual o abuso administrativo une-se ao pânico trazido pela insegurança, o clamor pelos atos vingativos abre espaço para a anomia que torna quase impossível a aplicação da lei. Se os legisladores desobedecem a ordem legal e se as quadrilhas matam e invadem o espaço público, chega-se à pergunta inevitável: para que serve o Estado? Este último, mecanismo inteligentemente produzido no final da Idade Média, exige que se coloque nas mãos de seus operadores os conhecidos três monopólios: da força física, da norma jurídica, dos impostos. Mas a premissa essencial destes monopólios, aceita inclusive por Hobbes, é que em troca deles o Estado garante a vida da sociedade e dos indivíduos. Se os governantes, legisladores e juízes, não podem manter tal compromisso, o Estado perde a razão de ser.

Mede-se a eficácia do aparelho estatal pela maior ou menor taxa de insegurança e de garantias de vida. Quando diminui o índice de mortes civis e a vingança não se torna premente, nem serve como instrumento de mobilização política, pode-se dizer que o Estado mantém sua legítima governabilidade. Caso contrário, ele se reduz ao estatuto de morto mecanismo. Este é o momento maquiavélico decisivo, instante em que qualquer particular, qualquer seita ou quadrilha ameaça os três monopólios e desafia impunemente a lei. A partir daí, os cidadãos entregam-se aos primeiros grupos capazes de, pela mobilização do ressentimento, golpear a estrutura legal e democrática do mundo público. Abrem-se as portas para os golpes de Estado. Estes últimos não precisam seguir o modelo da intervenção militar. Golpes podem ser palacianos. Mas sua eficácia no desmantelamento do Estado de direito não é menor. Nota-se, portanto, a íntima conexão entre os costumes éticos a necessária manutenção e aplicação das leis. *"Conatus sese conservandi primum et unicum virtutis est fundamentum"*.[2] Se a base da virtude ética reside na conservação da vida individual e coletiva, o Estado só pode ser mantido se garantir esta cláusula. Exigir que os cidadãos submetam-se à polícia e ao exército, acatem as leis e paguem impostos sem lhes assegurar a segurança essencial, é mais do que irrealista, pois significa ir contra os fundamentos ontológicos do humano e negar o direito e a ética em sua fonte. Assim, proponho aos membros do Ministério Público uma reflexão sobre os problemas acima indicados, partindo dos enunciados de Spinoza (o maior autor ético da modernidade) sobre o "momento maquiavélico". O primeiro trata a questão da governabilidade, o segundo analisa a essência do fato ético, o terceiro extrai as consequências do que avançou nos dois anteriores.

Governabilidade

Spinoza refere-se, no capítulo quinto do *Tratado Político*[3] a Maquiavel com três adjetivos: "*acutissimus*, *sapiens, prudentissimus"*. Os dois primeiros possuem vasta tradição no pensamento filosófico ocidental e foram valorizados na modernidade para o debate sobre o método (sobretudo em Francis Bacon, no caso do controle metódico dos engenhos agudos). O terceiro termo retoma a crônica política que desce aos gregos, mas que recebeu leitura estratégica em Roma e, na Renascença, determinou as doutrinas consubstanciadas no "maquiavelismo". Vejamos o trecho citado:

[1] The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition (New Jersey, Princeton University Press, 1975).

[2] "O esforço para se conservar é o primeiro e único fundamento da virtude". Spinoza, *Ética*, livro IV, Proposição 22, Corolário. Cf. a tradução portuguesa de Joaquim de Carvalho (Lisboa, Relógio d'Água Ed., 1992), página 379.

[3] Sempre que possível sigo a edição do *Tratado Político* traduzida por Charles Apphun (Paris, Flammarion, 1966). O cotejo é com o texto latino online (http://home.tiscali.be/rwmeijer/spinoza/works.htm?lang=F) hoje acessível universalmente.

Para um príncipe dirigido apenas pela paixão de domínio, quais são os meios para conservar e fortalecer seu governo? É o que mostrou exaustivamente o agudíssimo Maquiavel; mas qual seria o alvo de seu livro? Isto não se mostra com muita clareza: se ele tinha objetivo honesto, como deve-se acreditar quando lemos um sábio, quis aparentemente evidenciar a imprudência dos que se esforçam por suprimir um tirano, quando é impossível suprimir as causas que o tornaram tirano, pois aquelas causas tornam-se mais poderosas e despertam-lhe o medo. É o que ocorre quando a multidão imagina dar um exemplo e se alegra com o parricídio,[4] como se ele fosse uma ação correta. Maquiavel talvez tenha querido mostrar o quanto a multidão livre deve evitar a entrega de sua confiança na salvação exclusivamente para um homem apenas, pois este último, a menos que esteja inchado de vaidade e se acredite capaz de comprazer a todos, deve sentir medo cotidiano de armadilhas, o que o obriga a vigiar ininterruptamente pela sua própria segurança, ocupando mais em armar peças contra a multidão do que em administrar seus interesses. Penso assim interpretar o pensamento daquele homem prudentíssimo que sempre defendeu a liberdade e proporcionou, sobre os meios de defendê-la, os mais saudáveis conselhos.[5]

Só nesse parágrafo temos uma pletora de problemas jurídicos e políticos que definiram a instauração do Estado moderno. No capítulo 7 do mesmo *Tratado Político,* Spinoza apresenta o poder real jungido à potência popular. O soberano pode ser derrubado, mas semelhante fato ameaça a

[4] Visto que o Rei era o Pai do Povo, o costume jurídico era designar os atentados contra ele como extensão do parricídio. A literatura sobre o caso é amplíssima. Cf. Roland Mousnier: *L'assassinat d'Henry IV* (Paris, Gallimard, 1964). E também Lutaud: *Des Révolutions d'Angleterre à la Revolution Française. Le Tyrannicide & Killing no Murder* (La Haye, Martinus Nijhoff, 1973).

[5] "Quibus autem mediis princeps, qui sola dominandi libidine fertur, uti debet, ut imperium stabilire et conservare possit, *acutissimus* Machiavellus prolixe ostendit; quem autem in finem, non satis constare videtur. Si quem tamen bonum habuit, ut de *viro sapiente* credendum est, fuisse videtur, ut ostenderet, quam *impruder* ter multi tyrannum e medio tollere conantur, cum tamen causae, cur princeps sit tyrannus, tolli nequeant, sed contra eo magis ponantur, quo principi maior timendi causa praebetur; quod fit, quando multitudo exempla in principem edidit et parricidio quasi re bene gesta gloriatur. Praeterea ostendere forsan voluit, quantum libera multitudo cavere debet, ne salutem suam uni absolute credat, qui nisi vanus sit et omnibus se posse placere existimet, quotidie insidias timere debet; atque adeo sibi potius cavere et multitudini contra insidiari magis, quam consulere cogitur. Et ad hoc de *prudentissimo isto viro* credendum magis adducor, guia pro libertate fuisse constat, ad quam etiam tuendam saluberrima consilia dedit."

vida estatal. O longo raciocínio spinozano sobre o afastamento do governante começa explicitamente no § 25 e termina em pleno § 30. O elemento que mais impressiona nas frases do filósofo encontra-se na lista de assuntos intercalados entre o início e o final do raciocínio: a soldadesca, a massa vulgar, o segredo de Estado. Todos os ingredientes de um são incluídos na penetrante análise do poder abusivo exercido pelo governante. Sigamos a exposição spinozana.

O parágrafo 25 do *Tratado Político,* afirma que a forma do Estado deve permanecer a mesma e que a lógica exige um só indivíduo no cargo de rei, com poder indivisível. O referido parágrafo citado apresenta um problema discutido com percuciência por Alexandre Matheron.[6] Trata-se das eternas disfunções políticas e institucionais. O Brasil é delas bom exemplo, pois nele a ingovernabilidade e acordos instáveis de mando político produzem leis magnas revogadas por pequenos golpes de Estado: as emendas constitucionais desfiguram a Constituição, abolem direitos e "flexibilizam" garantias, o que não resolve a falta de confiança do eleitorado nos parlamentares e governantes, mas aumenta a prevenção popular contra regime democrático.[7] A frase de Spinoza é a seguinte: *Imperii facies una eademque servari, et consequenter rex unus (...), et imperium indivisibile esse debet.* Antes de aceitar a equivalência de *"Facies"* e *"forma",* proposta na maioria das traduções do *Tratado Politico*[8]

[6] Cf. Matheron, Alexandre: "Passions et institutions selon Spinoza", in Lazzeri, Christian e Reynié, Dominique: *La raison d'état: politique et rationalité* (Paris, PUF, 1992), página 141 e seguintes.

[7] *Relatório do PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento* (21/ 04/ 2004) indica o Brasil em primeiro lugar na melhoria do processo eleitoral e no acesso pelo voto a cargos públicos, mas fica em 15º lugar, no total de 18 países pesquisados, na adesão popular aos princípios democráticos.

[8] "La forme de l'État doit demeurer la même et en conséquence le roi doit être unique, toujours du même sexe, et le pouvoir doit être indivisible". Trad. Charles Appuhn Spinoza, Oeuvres (Paris, Gamier-Flammarion, 1966), T. 4, página 65; "A forma do Estado deve permanecer a mesma e, por consequência, o rei deve ser único, sempre do mesmo sexo e o poder deve ser indivisível". Trad. Norberto de Paula Lima (São Paulo, ícone Ed.,1994), página 92; "The form of the dominion ought to be kept one and the same, and, consequently, there should be but one king, and that of the same sex, and the dominion should be indivisible" *De Spinoza, Benedict Political Treatise* Electronic Text Center, University of Virginia Library http://etext.lib.virginia. edu/toc/modeng/public/SpiPoli.html
Uma tradução próxima do original é a de Madeleine Francês nas Oeuvres complètes (Paris, Gallimard, Ed. Pléiade, 1954), página 1039: "Un État doit continuer à presenter toujours la

observemos que num leitor atento de Maquiavel seria inconsequente usar “forma” e não “aparência” como propriedade estratégica do Estado.

O Estado deve *parecer* uno, o rosto do seu governante precisa ser apreciado pelos cidadãos e não pode deixar de surgir assim, caso contrário não haveria obediência possível. Se a república tivesse diante de si o espetáculo de um poder dividido em facções, surgiria de imediato a pergunta essencial: Quem será obedecido, esta ou aquela corrente? E se ninguém pode ser acatado, quem garantiria a segurança de todos e de cada um? Logo no início dos *Discorsi,* Maquiavel expõe o problema crucial da necessária *aparência unitária do Estado,* com a história de Coriolano. E nela vemos uma justificativa da promotoria pública.

Diz o Florentino que para manter um país livre é preciso conseguir alguém cuja autoridade permita acusar os cidadãos ao povo, aos conselhos, a um magistrado sempre que ocorra algum atentado *“in alcuna cosa contro alio stato libero”.* A primeira vantagem dos acusadores oficiais é impedir os cidadãos — pelo medo de serem acusados— de empreenderem coisas nocivas à ordem estatal. A punição imediata dos infratores entra no rol dos encômios maquiavélicos à autoridade analisada. A segunda vantagem é oferecer um escoamento normal aos humores que aumentam na cidade, de tal modo, resultando em prejuízo de todo cidadão. Quando aqueles humores não encontram meios de escoar naturalmente, recorrem aos modos extraordinários, que arruínam a vida de uma república.

Em Spinoza, as causas das crises políticas são conduzidas, em geral, a exemplo de Maquiavel, ao presente distanciamento e separação do Estado diante do seu principio originário constitutivo. A perda ou acréscimo de elementos ao corpo político produzem o desequilíbrio ou reequilíbrio do todo. “A causa principal de desagregação dos Estados é a que observa o agudíssimo florentino no primeiro capítulo do livro terceiro dos *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio,* ou seja, que ao Estado como ao corpo humano se acrescenta algo que, por vezes, faz necessária uma intervenção curativa; e por isto, diz ele, é preciso que por intervalos o Estado seja reconduzido ao principio sobre o qual foi instituído originariamente”. O trecho de Maquiavel citado por Spinoza assume a metáfora médica para

même apparence extérieure. Par suite, un seul roi d’un sexe invariable y doit toujours régner et l’Etat doit rester indivisible”.

manter a saúde do corpo político. Mais particularmente, o florentino retoma o enunciado que diz *Quod quotidie aggregatur aliquid, quod quando que indiget cura tione* (“Que se acumula cada dia algum humor maligno o qual, de tempos em tempos, precisa ser purgado”). No décimo capítulo do *Tratado Político* são especificadas as causas possíveis da desagregação dos organismos políticos. A crise estatal não é definida unilateralmente face aos cidadãos, mas sobretudo diante da legitimidade do mando, a partir do *metron* trazido pelo consenso. A vida do Estado só vale na medida em que valem a vida dos que o compõem, esta é a sua razão de ser, esta é a soberania do corpo social. A democracia efetiva é remédio eficaz contra o pavor mútuo dos indivíduos. Assim se define a réplica de Spinoza ao pensamento dos que, a exemplo de Hobbes, indicam o pânico e a insegurança para justificar o soberano, cuja função é afastar a liberdade pública dos cidadãos.

Vejamos a pessoa exemplar no texto de Maquiavel, a que serve de base para o pensamento de Spinoza. Coriolano pertencia à nobreza romana, a qual detestava o povo por sua pretensa ou real *“troppa autorità”,* com os tribunos para sua defesa. Estando o país em penúria, ele foi enviado para a Sicília na busca de grãos. Com o povo indefeso, o aristocrata acreditou ter chegado a hora do golpe, castigando-se a plebe e dela extraindo a excessiva autoridade que prejudicaria os nobres. Bastaria não distribuir os grãos. O enunciado sigiloso de Coriolano, como todo segredo[9] se espalhou entre a laia miúda que se levantou contra o militar. Este, ao sair do senado sofreria um massacre. Oportunamente os tribunos — acusadores oficiais — exigiram sua presença para fornecer explicações. Maquiavel louva a citação tribunícia, porque ela salvou a república de uma luta civil dramática. Quando um cidadão privado é oprimido não resulta uma desordem na república, mesmo que ele tenha recebido injustiças. O processo, mesmo iníquo, não se faz com o uso da força e com armas estrangeiras ***che sono quelle che rovinano*** *il vivere libero.* Imagine-se, argumenta Maquiavel, o massacre de Coriolano, *quanto male sana risultato alia republica romana se tumultuariamente ei fusse stato morto: perché ne nasceva offesa da priva ti a priva ti, la quale offesa genera paura, ia paura cerca difesa, per la*

[9] Cf. Plutarco: *De garrulitate* in *Oeuvres mora les* (Paris, Les Belles Lettres, 1975), T. VII. Plutarco apresenta muitos casos de perda política causada pela garrulice e pela circulação de rumores. A leitura destes escritos é vital para se entender a raison d’Éta, o segredo, os golpes de Estado.

difesa se procacciano partigiani, da' partigiani nascono le parti nelle cittadi, dalle parti la rovina di quelle.[10] A lógica da facção segue o medo e a ele retorna. No circuito da política, o Estado que parece em vias de dissolução apenas acelera a dissolução própria e a dos particulares.

Como prevenir e evitar os choques traumáticos ou letais na república? A citada purga dos humores por meio de "filtros" institucionais (no caso de Coriolano, os tribunos e sua autoridade para acusar os particulares), este é o símile terapêutico para imaginar a política, símile movido por Maquiavel e por Spinoza. Mas por que o Estado deve parecer uno, mesmo não o sendo de verdade? Porque fora dele resta apenas a dissolução dos corpos e as facções, ou pior, o domínio de outro Estado, que pode garantir os corpos, mas arranca a alma, a liberdade, dos cidadãos de certo país. É o jogo da *aparência prudencial* que funciona neste ponto. A passagem da aparência ao segredo define o mundo de quem se dedica à missão sagrada: *salus populi.* E a salvação do povo e da republica exigem que as facções sejam vencidas e que impere a *unidade do Estado.*

Conhecemos a tese de Aristoteles *(Política,* V, 11): "Para um príncipe não é necessário ter todas as virtudes, mas é necessário *parecer possuí-las* e, se elas as tem e observa sem interrupção, elas são prejudiciais. Mas se parece tê-las, são úteis, como por exemplo parecer misericordioso, fiel, humano, reto, piedoso, mas sempre com uma alma prevenido, caso seja preciso deixar aquelas virtudes de lado e se transformar no contrário". Segundo um comentador de hoje, "o ofício de rei é o de manter o Estado, a coroa, salvando as aparências. Para quem enxerga o príncipe envolvido por sua guarda, a pompa e o brilho do poder, um discurso conveniente é esperado e aprovado. O cinismo atrai ódio e desprezo.[11] Esta é uma explicação plausível. No entanto, penso que uma outra exegese pode ser dada. Denis Diderot adverte contra o trejeito de tudo destruir na vida

[10] Cf. "Quantos males teriam resultado à república romana se tumultuosamente ele fosse morto: porque nascia a ofensa dos privados aos privados, e esta ofensa gera medo, o medo busca defesa, a defesa proporciona as cumplicidades, delas nascem os partidos na cidade, dos partidos vem a ruma da mesma cidade". N. Machiavelli: *Discorsi sopra prima decada di Tiro Livio, Livro primeiro,* 8, in *Opere* a cura do Corrado Vivanti (Torino, Eunaudi/Gallimard, 1997), I, páginas 217-218.

[11] Cf. Marcel Lamy : *Machiavel et la raison d'État.* Conférence prononcée au lycée Chateaubriand de Rennes le mardi 3 décembre 2002.No site http://cru.chateau.free.fr/textescru.htm

política. É preciso, diz ele, que os cidadãos tenham esperanças na virtude cívica. Quem afirma que *tudo* no Estado é péssimo, enfraquece a resistência dos homens comuns. Muito fácil dizer que na teia estatal reside uma aranha voraz: difícil é produzir seres humanos capazes de vencê-la. Quando os críticos indicam apenas o pior no Estado, colaboram com a tirania: a multidão desmoralizada tende para a passividade e aceita qualquer tirania. E as tiranias, não raro, começam com os golpes de Estado que produzem extrema aparência de instabilidade aos governos, retirando as esperanças de salvação para as pessoas particulares.

Uma tarefa essencial, portanto, de todos os que possuem responsabilidades no Estado, é manter a confiança dos cidadãos. Sem isto, não ocorre governabilidade e a justiça tende perigosamente a ser definida apenas como um complexo ensandecido de vinganças. Estas, por sua vez, apenas enfraquecem a racionalidade pública e exacerbam o uso feroz da força física. Dito isto, passemos a alguns pontos essenciais sobre a ética. O que indicarei a seguir tem sido uma constante de minhas alocuções, tanto ao Ministério Público quanto aos mais variados setores da vida nacional. Após a inspeção no fato ético, terminarei deduzindo alguns pontos essenciais, no meu entender, para o Ministério Público que se deseje democrático.

Ética

Há na fala cotidiana e mesmo na política, para não nos referirmos aos debates jurídicos, uma passagem ambígua e pouco justificada entre a ética e a moral. O mais comum é se imaginar que a primeira possui caráter imperativo, como se ela reunisse uma tábua de valores e normas a serem aplicadas aos casos particulares. Dá-se também à moral um estatuto rígido, como se ela estivesse vinculada aos campos mais restritivos dos juízos comportamentais. Na filosofia grega, a ética integra a doutrina geral da virtude, definindo *um fato coletivo.* Ela reúne as práticas hoje distantes, mas na época grega conexas, da *economia* (uso dos recursos dos lares e gestão dos meios e riquezas comuns à família), da *política* (prolongamento da economia, pois se trata de ordenar a riqueza e a pobreza da cidade/Estado). Finalmente, temos a retórica, o modo pelo qual os cidadãos devem dirigir suas falas à assembleia na defesa de pontos de vista estratégicos, quando se tratava da guerra, interesses grupais ou jurídicos.

Se a economia e a política encontram-se em campos fixos, a retórica tem o privilégio da instabilidade. A palavra que origina o termo retórica — *rhein* — indica o que flui e não encontra obstáculos fixos à sua operação. Se a riqueza econômica e o bem público só podem ser tratados dentro de limites fixos, pois são substâncias estáveis do coletivo, a palavra dos cidadãos, instável e polimorfa, não recebe limites na assembleia ou tribunais. Ser livre, na Grécia, é possuir o direito de falar sem obstáculos físicos ou anímicos. Uma virtude política por excelência — a *parrhesia* — é a fala sem amarras, só concedida aos cidadãos livres. Quem tinha o costume de tratar as coisas públicas, adquiria as referidas "virtudes", sendo nelas treinado desde o final da infância. Agir segundo os padrões da cidade nas assembleias guerreiras ou pacíficas, ou nos tribunais, tornava- se algo "natural". Esta forma coletiva de agir, adquirida e operada sem reflexões se definia como *hexis,* o hábito, o costume, donde surge a palavra "ética". A política, a economia e a retórica reunidas sob o vocábulo *hexis,* existiam como realidade visível. Nada podia ser escondido dos olhos cidadãos. Os atos virtuosos eram praticados nas praças públicas, nos campos de treinamento e nas guerras.

O exemplo visível possibilita a *mimesis,* imitação dos atos e falas livres. Aprender a cidadania é treino do olhar e dos gestos, que devem repetir o modelo, o paradigma proposto para ser obedecido e seguido. "Paradigma" surge na língua grega unido a *deiknumi* cujo sentido é "mostrar", "indicar". Quando acrescido da partícula "para", significa "mostrar, fornecer um modelo". A raiz *deik,* refere-se ao ato de mostrar mediante a palavra, mostrar o que deve ser seguido. Daí na noção de paradigma ser estratégica a união com a palavra *dike,* a lei, a regra. A ideia da publicidade da lei surge a partir daí. A lei, o modelo ou paradigma eram postos diante do olhar de todos, para que ninguém a ignorasse.

O grande abalo do bloco ético visível o qual temos notícia foi o caso de Sócrates, que desejou ter razão contra a ética da cidade. Julgado e condenado, ele inaugurou a autonomia do indivíduo diante do coletivo. Sócrates pode ser dito o pai da moral. A fonte de valores e o paradigma para a consciência invisível dos sujeitos. Esta tendência se exacerba com I. Kant. Basta lembrar a *Crítica da Razão Prática:* "duas coisas enchem meu coração de respeito. O céu estrelado diante de mim e a lei moral em mim". O céu estrelado, a visível pesquisa empreendida por Newton. A lei moral em mim, a invisível e sublime experiência dos valores, exposta por

Rousseau. O céu estrelado, a ciência que opera com fenômenos, o que vem à luz. A lei moral, algo que só posso atingir, no meu íntimo. Na filosofia kantiana a ética foi atenuada em proveito da moral. Como reação a esta hegemonia kantiana da moral, no século XX acentuo, retomando idealmente a Grécia, o ético enquanto visível e transparente coletivo.

O pensamento germânico entende a ética, coerente com as raízes gregas, como o conjunto dos costumes visivelmente adquiridos ou ensinados aos grupos sociais e aos indivíduos. Ética é a conduta que se tornou hábito. Contra I. Kant, na *Filosofia do Direito* Hegel indica que a ética, embora pertença ao mundo de valores e hábitos, pode ser colhida de modo não subjetivo. Ela não é de todo livre para os indivíduos de uma sociedade histórica, pois eles nascem em tempo e espaço definidos e em um coletivo cujos valores se expressam em hábitos comuns. O *ethos* grego é traduzido por Hegel na palavra *Gewohnheit* (hábito) que não se exerce apenas na invisível consciência individual, mas numa sede *(Sitz)* comum a muitos indivíduos. Na ética os indivíduos agem em comum com os mesmos padrões de comportamento, desde os corporais até os espirituais. Eles agem de certo modo, possuem certa língua comum, usam traços semiológicos comuns para se comunicarem com os semelhantes. A ética pode, perfeitamente, ser visível a todos os que compõem o universo pensante e particularmente visível e significativa para quem possui chaves de interpretação dos sinais particulares a um grupo, a uma sociedade, a um povo.

Agir no mundo ético é operar como se cada um estivesse "em casa". Um alemão sente- se "em casa" se encontra outros alemães. Um francês idem. Um alemão católico sente- se ainda mais em casa se encontra outros alemães católicos. Quanto mais os signos utilizados (e produzidos pelos homens no tempo histórico) forem comuns, mais "em casa" está o indivíduo. E surge o problema: o hábito comum não seria um obstáculo para que os indivíduos percebessem que suas atitudes, valores, etc., poderiam ser nocivos ao grupo e aos próprios indivíduos? Um preconceito partilhado coletivamente não deixa de ser preconceito. E temos a questão da justiça e da ciência.

A partir dessa dúvida a ética se dedica à pesquisa das variações comportamentais ao longo da história dos povos e dos grupos em seu interior. Ela busca descrever os costumes de cada povo ou grupo. Descrever de modo rigoroso, sem aplicar ao grupo estudado normas e valores alheios a

ele, tal é o primeiro passo da ética. Só após captar os valores de um conjunto social determinado, pode a reflexão compará-los aos hábitos de outras comunidades. Assim, a ética pretende atingir um âmbito mais amplo de valores do que a moral, sem prender-se aos indivíduos que os empregam. Se é verdade, como queria I. Kant, que a ciência não se faz com a moral, e vice versa, não é menos verdade que os hábitos integram-se em um grupo com determinações mais amplas do que as individuais. O indivíduo possui hábitos comuns com o seu grupo de referência e pode ter seus atos e pensamentos acompanhados por este grupo. A sua comunidade, por sua vez, insere-se num determinado coletivo nacional e este integra a comunidade internacional. A passagem lógica e prática dos indivíduos ao universal não é mais, como em Kant, do exterior à moralidade, sendo um visível e a outra invisível, mas entre *níveis diversos de visibilidade.*

Tomemos um brasileiro. Os signos entre os quais ele se move, que definem a ética da sociedade em que ele nasceu e vive, adquirem determinada figura. Mas se ele também é protestante, os signos que determinam seu agir diferem dos que movem os católicos, os ateus, etc. Se pertence a um grupo peculiar, como os Promotores de Justiça, os signos e atitudes que aprende, que exercita, que amplia e atualiza, são bem diversos dos que são exercidos nos demais setores do Estado e da sociedade.

O mundo social pode ser descrito como uma sequencia de esferas, cada uma com a sua lógica e ética próprias. A esfera maior, o Estado, encarrega-se de administrar as demais. Em cada um destes círculos, os indivíduos aprendem sinais, gestos, linguagem própria. Do culto religioso às instituições (onde se desdobram linguagens, signos, gestos paradigmáticos), eles aprendem a distinguir o que pertence a cada uma das esferas, não introduzindo por ignorância ou arbítrio o que é habitual em uma delas em outras. Caso contrário, a mistificação se instala em todos estes domínios.

Nada pode ser dito dos indivíduos sem levar em conta o que eles adquiriram de maneira coletiva. Se ninguém nasce Promotor de Justiça, nem por isto deixa de ser verdade que “ser promotor” só passa a ter sentido para os indivíduos no interior da comunidade visível, ética, que se determina segundo paradigmas, linguagem, etc., daquele ramo jurídico. Não existe nenhum “promotor inefável, intangível, invisível”. Estes traços definem a ética de seu grupo, a qual é diferente da que define o coletivo dos

físicos, dos artistas, dos matemáticos, etc. A ética não se imiscui de modo arbitrário, com uma tábua de valores particulares e externos à prática deste ou daquele grupo social, deste ou daquele povo, deste ou daquele segmento do saber. Ela não fala a partir do dever-ser, mas de como um determinado coletivo age e se constituiu histórica e socialmente.

Mas quando os hábitos mostram-se benéficos ou maléficos à humanidade? Apenas no campo mais amplo do Estado, onde as esferas se reúnem e se definem umas em relação às outras. Cabe ao Estado, reunião de todos os indivíduos, classes e movimentos, verificar, através da inspeção permanente dos hábitos e valores dos grupos, quais práticas e signos são adequados ou nocivos ao todo social. O Estado delimita o âmbito e as pretensões dos grupos particulares. E como os limites do próprio Estado são definidos? Esta dificuldade data da Revolução Americana e da Revolução Francesa. Sendo o Estado um impositor de limites aos grupos e indivíduos que nele se movem, a sua instituição controla os hábitos físicos e mentais dos setores que nela se movem. O Estado, não raro, ultrapassa seus próprios limites e tenta impor padrões de comportamento e valores aos grupos particulares. A Constituição norte-americana e os direitos dos cidadãos, produzidos na Revolução Francesa, indicam as barreiras que devem existir, protegendo do Estado os indivíduos e os grupos.

Os Estados tendem a ultrapassar as cancelas que salvaguardam as múltiplas éticas dos setores estabelecidos em seu interior. Assim, na extinta URSS, o Estado atribuiu- se o direito de impor normas éticas usando doutrinas oficiais. Mas não apenas o Estado pode querer intervir nas éticas dos grupos particulares. Movimentos religiosos julgam-se com o direito de definir o monopólio ético contra os grupos científicos, artísticos, etc. O fundamentalismo cristão ou qualquer outro tipo de fundamentalismo religioso desconhece hábitos e signos dos grupos científicos, artísticos, etc., tentando impor-lhes, de cima e do exterior, regras alheias ao seu costume. Como harmonizar os pressupostos do Estado e dos movimentos de massa, religiosos ou ideológicos e o direito dos indivíduos e das minorias? A resposta eficaz é o Estado de Direito. Nele, nenhum grupo possui a qualidade de ser o representante único do coletivo. Todas as atitudes éticas recebem equivalência no plano do pensamento, e isto é o princípio da equidade. Estado de Direito porque nele a democracia se rege por leis adotadas pelo mesmo Estado, na sua face legislativa, as quais podem ser interpretadas e corrigidas pelo Judiciário. O executivo tem os dois outros

poderes como limites da sua ação. Deste modo, os grupos do social podem ser ouvidos no Parlamento ou nas Cortes de Justiça. Democracia sem Estado de Direito é despotismo da maioria ou de um ou outro setor social. O Estado de Direito tem como *conditio sine qua non* a democracia.

Os limites éticos só podem ser definidos no interior do Estado de Direito. E agora temos a grande importância do ideal ético e de sua visibilidade, para além da moral que reside apenas na invisível consciência subjetiva. O rigor democrático exige ampla transparência dos negócios públicos. Para Norberto Bobbio "pode-se definir a democracia dos modos mais diversos. Mas não existe definição na qual possa faltar o elemento que caracteriza a visibilidade ou a transparência do poder. Governo democrático é o que desenvolve a sua atividade própria em público, sob os olhos de todos. E deve desenvolver a sua atividade sob os olhos de todos porque todo cidadão tem o direito de ser posto à altura de formar para si mesmo uma opinião sobre as decisões tomadas em seu nome. De outro modo, por qual razão deveria ser chamado periodicamente às urnas, e sob quais bases poderia exprimir o próprio voto de condenação ou aprovação?". Governo que usa o segredo nas políticas públicas, conclui Bobbio citando Elias Canetti, "não transforma a democracia, mas a perverte. Não fere mais ou menos um ou outro órgão vital da vida democrática, mas a assassina".[12]

Ao contrário da moral, onde a luta de todos contra todos é infindável, visto que todo indivíduo ou grupo postula que a sua norma é a mais adequada para eles ou para o todo, a ética procura encaminhar os conflitos dos grupos através do debate social, chegando ao parlamentar, às decisões e juízos dos tribunais, definindo uma isonomia dos grupos no seu modo de ser particular. Entre o nível em que se encontram os grupos particulares e o todo do Estado, há uma escala de universalização da responsabilidade e da eficácia.

O Estado moderno foi produzido para proteger as pessoas da morte e para facilitar sua vida, ampliando o tempo da existência e adiando o mais possível o seu fim. O Estado que não provê os meios para que se produza a mais fina e abrangente rede de instituições voltadas para a proteção da vida, não cumpre a finalidade para a qual lhe é entregue o monopólio das

[12] Cf. Bobbio, Norberto: "Il potere in maschera", in *L'utopia capovolta.* (Torino, La Stampa, 1990), páginas 61 a 64.

políticas públicas. No Brasil, nota-se um afã que aumenta em nossos dias, de aplicar códigos de ética. Antes de procurar impor limites morais à ação alheia, eu diria que é prudente verificar em qual sociedade, quais valores se impõem nos grupos que definem o coletivo envolvente. No caso brasileiro, os costumes, a ética socialmente hegemônica, definem coisas odiosas. Uma sociedade onde reina a capangagem, onde quadrilhas se apossam do Estado e dele sugam, através da corrupção, o excedente econômico, uma sociedade onde o Judiciário se cala diante dos abusos do Executivo e deixa incólumes notórios criminosos, uma sociedade cujo Congresso Nacional "absolve" seus integrantes criminosos e persegue cidadãos desarmados (o caso Francenildo não pode e não deve ser esquecido), é uma sociedade cujos costumes precisam ser modificados para melhor.

Ministério Público

No primeiro instante analisei as pressuposições definidas por Maquiavel e por Spinoza sobre a governabilidade. Acentuei o quanto, para os dois mais profundos teóricos modernos da política e da ética, é preciso que o Estado seja provido de instituições que impeçam a vingança dos cidadãos contra os poderosos e contra a própria massa inteira da cidadania em situações de crise. Maquiavel aponta para os acusadores oficiais como instrumentos básicos de governabilidade e de salvação pública. No caso exemplar de Coriolano, nota-se a intervenção providencial dos referidos acusadores públicos, encarregados de impedir o massacre de um general poderoso, o que traria o incremento da guerra civil.

Em nossa terra, o Ministério Público cumpre (ou deve cumprir) o papel de acusador oficial que, *sine ira et studio,* indica os que violam a lei e providencia para que a massa dos cidadãos não sinta insegurança na aplicação das normas universais do direito. Cabe-lhe um papel estratégico na governabilidade, portanto: sem o Ministério Público, os operadores dos três poderes e os que movem a sociedade civil tendem a desconhecer os limites de seu mando e legitimidade. Sem a vigilância do Ministério Público as autoridades constituídas tombam na imprudência e desafiam a opinião pública com atos e providências que escandalizam, em primeiro lugar, mas produzem a sensação de que as leis e o próprio Estado são instrumentos de alguns contra a maioria dos cidadãos. O Ministério Público, portanto, ajudando poderosamente na aplicação imparcial da lei, também auxilia o mundo democrático a não se perder na ineficácia. É

preciso, no entanto, que os integrantes do Ministério Público saibam ler os sinais dos tempos, o "momento maquiavélico". Sem isto, eles não conseguem operar com destreza o ofício que lhes é essencial: acusar sem preconceitos ou corporativismos todos os cidadãos, governantes ou governados, que desobedeçam a norma universal. O Ministério Público, sobretudo em terras onde a política é excessivamente corrompida, como é o caso do Brasil, constitui uma das fontes mais vitais de governabilidade e da legitimidade estatal.

No que diz respeito ao segundo ponto, o da ética, o Ministério Público não pode esquecer que o mundo social é uma policromia de valores e que todas as esferas sociais possuem o direito à diversidade axiológica. E mais, que ele mesmo Ministério Público é uma instância diversa das demais, com uma linguagem, gestos, juízos e costumes específicos. Para bem cumprirem seu papel de acusadores isentos, os promotores de justiça não podem ignorar que as ordens sociais possuem costumes e valores éticos específicos, além dos gerais que definem a sociedade mais ampla. Se um promotor de justiça, no trato com uma esfera particular da vida ética, digamos, uma igreja ou universidade, deixa de respeitar os valores que ali imperam e procura lhes impor normas axiológicas, ele trai *ipso facto* seu papel e sua missão. Se um promotor se dirige a um bispo católico não lhe concedendo os títulos que seus liderados lhe atribuem, trata-se de uma violência em termos antropológicos e éticos. Esta falta de prudência pode trazer ao Ministério Público uma perda considerável de legitimidade. O mesmo numa universidade. Se um promotor de justiça trata o dirigente máximo do *campus* sem os títulos e a reverência que os docentes lhe tributam, com certeza será visto como um estranho arrogante, perdendo o respeito e a legitimidade no mundo da ciência. O mesmo pode ser dito para o trato do Ministério Público com todas as esferas sociais e estatais, dos bairros pobres aos mais ricos, dos que não têm poder econômico aos palácios. O promotor público não é um sacerdote da ética, sobretudo não é apóstolo de uma ética particular.

Ele deve conhecer e respeitar o pluralismo ético que impera numa sociedade democrática, para assegurar a mais límpida e inquestionável passagem das éticas das esferas menores para as normas do Estado e vice-versa. Se determinado grupo social segue regras éticas nocivas ao coletivo maior e viola a Constituição, só um Ministério Público isento possui autoridade legítima para acusá-lo publicamente. No debate parlamentar e

nas cortes de justiça, a lei pode ser modificada ou não, segundo pareceres prudenciais rigorosos. Antes disso, nenhum promotor de justiça pode se arrogar o papel de inquisidor ético. A experiência negativa, trazida por casos notórios no cenário nacional recente, não trouxe legitimidade ao Ministério Público, muito pelo contrário. Antes de imaginar que o Ministério Público é o portador "da" ética, é preciso que os promotores públicos individuais percebam a imensa paleta das éticas vigentes na sociedade, respeitando-nas. Quando os costumes de uma ou de outra esfera social ou estatal colidem gravemente com as leis, cabe ao Ministério Público examinar as causas do fato e denunciá-lo ao Estado. Mas isto deve ser feito sem circunscrever os costumes éticos dos acusados ao campo ético do próprio Ministério Público. Quanto mais livre de subjetivismo corporativo, mais a ação dos promotores de justiça será eficaz na tarefa árdua de resgatar a confiança da cidadania no Estado democrático de Direito.

A PARTICIPAÇÃO POPULAR NAS ESCOLHAS PÚBLICAS POR MEIO DO PODER JUDICIÁRIO: O PAPEL DAS AÇÕES COLETIVAS

Susana Henriques da Costa
Promotora de Justiça no Estado de São Paulo, doutora e mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP e associada do Movimento do Ministério Público Democrático

Introdução

Com a democratização das instituições brasileiras, ocorrida depois de um longo período autoritário, a participação popular, por meio do exercício da cidadania, desponta como importante mecanismo de definição dos objetivos do Estado. Refletindo essa tendência, o nosso ordenamento jurídico previu uma série de fóruns de debates populares (conselhos, audiências etc.) que objetivam propiciar alguma sorte de controle da atividade estatal, mas também e principalmente, discutir alternativas de atuação e finalidades a serem alcançadas em determinados serviços públicos ou segmentos sociais (meio-ambiente, urbanismo, criança e adolescente, idosos, saúde, dente outras).

A conscientização e a participação da sociedade civil é uma meta do Estado moderno e sua concretização é apontada como essencial para a realização de mudanças necessárias e imperativas na realidade pátria. Uma das formas de participação popular, ou seja, um dos fóruns de debates e definição de escolhas públicas existentes em nosso ordenamento jurídico é o Poder Judiciário. De fato, a Constituição de 1988 previu a possibilidade *de* veiculação em demandas judiciais de questões versando sobre políticas públicas, antes afetas somente aos demais poderes do Estado (Executivo e Legislativo). Ampliou, nesse sentido, as funções do Poder Judiciário. No mesmo diapasão, a Constituinte previu que, em determinados casos, essas novas demandas poderiam ser propostas por membros ou grupos da sociedade civil em autêntica hipótese de exercício de cidadania.

É justamente esse novo desenho de exercício de cidadania que será objeto deste pequeno estudo, ou seja, serão abordados alguns casos em que o ordenamento jurídico prevê a participação popular por meio do Poder Judiciário, especificamente, aqueles referentes a demandas coletivas. Nesse

intuito, primeiramente, será traçado um breve perfil do Poder Judiciário na atualidade, com foco em sua aptidão para a definição de questões políticas. Na sequencia, serão apontadas formas de participação popular por meio de mecanismos legais que concedem legitimidade aos cidadãos ou a certos grupos organizados da sociedade civil para a propositura demandas coletivas que trazem à apreciação jurisdicional questões referentes à definição de políticas públicas.

O Poder Judiciário: politização e democratização

Inicialmente, como idealizado por Montesquieu, o Poder Judiciário era nulo, de menor importância, limitado à aplicação da lei e sem qualquer atuação política. Na verdade, segundo o autor, eram poderes "visíveis", efetivamente políticos, somente o Executivo e o Legislativo.[1] Com o decorrer dos séculos, entretanto, esse Poder vai se fortalecendo e assumindo novas funções, a ponto de hoje ser peça essencial no jogo político que regula a atividade do Estado. O atual perfil do Poder Judiciário é decorrência de diversos fatores históricos apontados pela doutrina.

O primeiro fator normalmente apontado é o surgimento, no século XIX, do Estado Social de Direito, modelo que se consolidou após a 2ª Guerra Mundial, já no século XX. O Estado Social de Direito surgiu com a missão de garantir a igualdade entre os cidadãos, mediante intervenção direta na ordem econômica e social, antes de domínio dos particulares. Como consequência da crescente intervenção, o Estado tornou-se um verdadeiro prestador de serviços, o que levou a um acréscimo considerável das funções e dos poderes do Poder Executivo. Diante da necessidade de agilidade decorrente do aumento de suas funções, o Poder Executivo, ainda, passou a ter função normativa, o que se consubstanciou por diversas técnicas,

[1] Nesse sentido, ver Eros Grau, O *direito posto e o direito pressuposto,* São Paulo: Malheiros, 1996, p. 174-175 e Mauro Cappelletti, que ensina que "para Montesquieu, o poder judiciário deveria, na realidade, permanecer 'nulo' como poder, devendo limitar-se à mecânica, *inanimata* (inanimada) aplicação da lei. Faltava, portanto, um verdadeiro e próprio 'terceiro poder' – uma 'terceira garra' investida do poder de assegurar o respeito à Constituição por parte de um grupo 'político'". (Constitucionalismo moderno e o papel do poder judiciário na sociedade contemporânea, *Revista de Processo,* São Paulo, ano 15, n. 60, out./dez. 1990 p. 110). São principalmente razões históricas que fazem com que os renascentistas relutem em conferir qualquer espécie de poder político aos magistrados, pois esta classe foi um dos sustentáculos do Antigo Regime e se opôs veementemente à Revolução Francesa.

dentre elas, pelo poder de iniciativa do processo legislativo, pela delegação legislativa e pela edição de regulamentos. A complexidade e a lentidão do processo legislativo, que se tornou incompatível com as novas atividades desempenhadas pelo Estado, autorizaram esta transferência de funções. Nesse período, houve claramente uma hipertrofia do Poder Executivo.

Diante desse cenário e, dentro da ideia de freios e contrapesos de poderes, haveria de ser desenhada alguma forma de fiscalização do Poder Executivo. Se a ele foram concedidas novas funções e, em consequência, acrescidos seus poderes, necessário se tornou o desenvolvimento de uma esfera que limitasse eventuais arbítrios e abusos verificados na realidade fática. Caso contrário, haveria um desequilíbrio entre os poderes do Estado.

Coube ao Judiciário esta função. Como ensina Cappelletti, a história recente indica

> como sendo imprescindível para todos os Estados e sociedades democráticas e modernas, a introdução de um sistema de controles recíprocos, *checks and balances,* que chamamos constitucionalismo moderno, no qual a *branche,* ramo mais perigoso, ou seja, o ramo, *stricto sensu,* 'político', é controlado por aquele que já Alexandre Hamilton, dois séculos atrás, definiu como a *least dangerous branch,* a 'garra' menos perigosa, ou seja, o judiciário.[2]

Entretanto, não só como instrumento de controle do inchaço do Executivo desenvolveu- se o Judiciário. A doutrina aponta como outro fator determinante para o aumento dos poderes e politização do Poder Judiciário, o surgimento e desenvolvimento de um novo modelo de Estado: o Estado Democrático de Direito.

Esta nova concepção de Estado está fundada principalmente na ideia de participação popular[3] e na busca em aliar a ideia de direito à ideia de justiça não formal, mas material. O Estado Democrático visa incorporar o

[2] Mauro Cappelletti, *ob. cit.* p. 112113. Sobre o tema, v., ainda, Gisele Cittadino, Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes, *In:* VIANNA, Luiz Werneck (coord.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil.* Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003, p. 28.

[3] Sobre o tema, v. José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo,* 16 ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 116 e Caio Tácito, Princípio da legalidade e poder de polícia, *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, n. 227, jan./mar. 2.002, p. 43.

povo na tomada de decisões e efetivamente distribuir entre a população a renda gerada na produção.

No Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário assume novas funções e tem o seu perfil mais uma vez alterado. De fato, o Poder Judiciário, além de controlar a atividade dos demais poderes, passa a ter a função de dar concreção aos princípios constitucionais, entendidos como os valores fundamentais da sociedade, após a devida provocação dos interessados e legitimados em participar da vida pública. O processo participativo ocorre graças ao caráter *aberto* da Constituição que permite aos grupos sociais a realização de interpretações de conteúdo dos direitos fundamentais.[4] Nessa atividade, não raras vezes o Judiciário se imiscuirá na definição de políticas públicas.

Seguindo a tendência acima assinalada, a Constituição Federal de 1988 confere ao Poder Judiciário brasileiro funções que vão muito além da simples aplicação da lei (função típica). A este órgão cabem outras funções, de naturezas diversas, na tentativa de limitar os poderes do Legislativo e do Executivo, bem como de dar concreção aos princípios constitucionais e direitos fundamentais, mediante a participação popular.[5] Nesse sentido, cabe ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade das leis federais, o julgamento das ações coletivas envolvendo escolhas sobre políticas públicas e, ainda, o controle dos atos administrativos em alguns aspectos que vão além da mera legalidade.

O Poder Judiciário, na atualidade, é uma das principais instâncias de discussão e controle da ética e das escolhas pública. Tornou-se, portanto, uma instância política, pois, ao decidir, leva em consideração ponderações

[4] Sobre o caráter aberto da Constituição e as alternativas democráticas dele decorrentes, v. Gisele Cittadino, *ob. cit.,* p. 23 e 31.

[5] Para Cappelletti, a atribuição de funções atípicas ao Judiciário é a única alternativa viável para a limitação dos poderes do Executivo. "Tal controle é necessário (...) se desejamos colocar um limite ao moderno *big government.* O crescimento da *branche* política – o colosso legislativo e o mastodonte da burocracia administrativa – pode ser disciplinada e controlada através de um *terzo gigante* – terceiro gigante, ou seja, uma 3ª tendência, cujos poderes se estendam além daqueles de mera decisão da controvérsia tradicional, fazendo investida, exatamente diante do poder de controlar o poder 'mais perigoso', o gigante poder político, assegurando que são respeitados pela lei superior, a Constituição", *ob. cit.,* p. 114.

de ordem axiológica e ideológica.[6] Ele deixa de ter uma ação meramente reparatória ou preventiva de direitos subjetivos lesionados ou ameaçados de lesão, e passa a exercer uma atividade programática, no sentido de buscar, com sua atuação, transformar a realidade social, dando concreção a comandos constitucionais.[7] Para Ada Pellegrini Grinover,

> é o dado político que altera o próprio conceito de processo, não mais entendido como clássico instrumento de solução de lides

[6] "(...) O Poder Judiciário, como destinatário das ações que envolvem interesses sociais de largo espectro, é instado a tomar posição acerca de temas que muitas vezes constituem verdadeiras *escolhas políticas,* como, p. ex: ter que definir qual o valor prevalecente entre a preservação da cobertura vegetal ou a construção de uma estrada na floresta; ou ter que emitir um juízo de valor quanto a saber se certo imóvel tem ou não notável importância histórica ou arquitetônica, em ordem a aferir quanto ao acerto de seu tombamento administrativo. E isso, para não tocarmos, por ora, em pontos ainda mais delicados como o dos *limites* do contraste jurisdicional sobre a conduta do administrador, em hipótese como a dos atos puramente políticos, ou apenas discricionários ou ainda a questão da *moralidade administrativa,* agora inserida expressamente como fundamento autônomo de ação popular (CF, art. 5º, LXXIII)". (Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação popular,* 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 33-34).

[7] Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, "Na complexa sociedade tecnológica de nossos dias, as atividades de controle mudam de vetor, deixando de voltar-se primordialmente para o passado, para ocupar-se basicamente do futuro. A questão não está mais em controlar o desempenho comportamental tal como foi *realizado,* mas como ele se *realizará.* A civilização tecnológica, nesses termos, joga sua capacidade criativa em fórmulas de governo, cujos máximos valores são a eficiência dos resultados e a alta probabilidade de sua consecução. No campo jurídico, o tribunal, uma instância de julgamento e responsabilização dos homens por seus atos, pelo que ele fez, passa a ser chamado para uma avaliação prospectiva e um "julgamento" do que ele é e poderá fazer. É nesse quadro de projeção do sentido do direito para o futuro, para sua realizabilidade mais do que para sua consciência pré-constituída, que se há de entender o advento do chamado Estado de Bem-Estar Social". (O Judiciário frente a divisão de poderes: um princípio em decadência?, *Revista da USP*, n. 21, mar/ mal. 1994, p. 18). No mesmo sentido, ainda, José Reinaldo de Lima Lopes, Crise da norma jurídica e a reforma do Judiciário, *In:* FARIA, José Eduardo de Oliveira (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça.* São Paulo, Malheiros, 2002, p. 70 e Ada Pellegrini Grinover para quem "a via jurisdicional torna-se necessária na tutela dos interesses difusos, principalmente onde se perceba a necessidade de uma correção eficiente de sistemas que ainda opõem dificuldades e obstáculos à obtenção de resultados, que já deveriam ter sido alcançados pelos processos de mediação política". (A tutela jurisdicional dos interesses difusos, *Revista de Processo,* São Paulo, n. 14-15, ano 4, abr./set. 1979, p. 35).

> intersubjetivas, mas transformado em meio de solução de conflitos meta-individuais, por isso mesmo tipicamente políticos.[8]

As demandas coletivas como forma de participação popular

Uma das principais hipóteses em que a atuação política do Judiciário ocorre é nas chamadas demandas coletivas, ou seja, aquelas que possuem dimensão meta-individual, não raras vezes implementadora de políticas públicas, pois exigem do Poder Judiciário uma atuação corretiva, no sentido de buscar resultados não alcançados por políticas legislativas ou executivas.

Alguns casos, ainda, permitirão o efetivo exercício da cidadania devido à legitimidade dos membros ou grupos da sociedade civil prevista pelo legislador para essas espécies de demandas. Nessas hipóteses, a atuação política do Judiciário pode ser notada tanto no momento da propositura da demanda, pois o processo se torna um canal de participação popular – na concretização dos princípios constitucionais, na definição de políticas públicas e na fiscalização de agentes públicos –, bem como no momento da prolação da sentença, no qual o juiz deverá assumir uma postura prospectiva e finalística, visando dar uma resposta adequada e efetiva às novas demandas sociais.

Como ensina Cândido Rangel Dinamarco, democracia

> é participação e não só pela via política do voto ou ocupação eletiva de cargos públicos a participação pode ter lugar. Todas as formas de influência sobre os centros do poder são participativas, no sentido de que representam algum peso para a tomada de decisões; conferir ou conquistar a capacidade de influir é praticar democracia. Tem-se participação democrática, portanto, bastante significativa, na ação popular, onde se vê o cidadão contribuindo para a fiscalização da moralidade pública e podendo criar condições para o anulamento de atos administrativos lesivos ao patrimônio público; e também nas demandas relativas ao meio ambiente, com indivíduos reunidos em associações constitucionalmente permitidas e asseguradas, canalizando ao Estado, através do juiz, a sua denúncia de atos ou

[8] Ada Pellegrini Grinover, *ob. cit,* p. 30-31. Kazuo Watanabe também sustenta que os interesses meta-individuais tornam o Judiciário uma instância política, Processo civil e interesse público: introdução, *In:* SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social,* São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 20.

atividades lesivas ao patrimônio comum e pedido da solução socialmente adequada. No processo da ação popular e nos relativos ao meio ambiente, a jurisdição é exercida conforme os objetivos imediatos de cada um e (sem considerar agora o aspecto social de eliminar insatisfações) também com vistas a institucionalizar a participação do indivíduo na determinação dos destinos da sociedade política.[9]

O autor, portanto, aponta duas hipóteses de participação popular por meio do Poder Judiciário em demandas coletivas: (i) nas ações populares, cuja legitimidade para propositura é do cidadão; e (ii) nas ações civis públicas, de iniciativa das associações. Essas duas possibilidades serão melhor analisadas a seguir.

O cidadão e a ação popular

Antiga é a possibilidade da propositura de ação popular pelo cidadão, que data de 1965 (Lei nº 4717/65). Uma análise superficial da evolução legislativa, todavia, leva à conclusão de que este mecanismo teve seu âmbito de abrangência alargado com o passar dos anos, de forma a incrementar a participação popular nos assuntos do Estado. Verifica-se, primeiramente, que a Lei nº 6.513/ 77 inseriu o § 1º, no art. 1º, da Lei de Ação Popular, de forma a ampliar o conceito de patrimônio público e permitir ao cidadão controle da atividade estatal em questões outras que não somente as pecuniárias (ambientais, estéticas etc.). Além disso, a Constituição Federal de 1988 aumentou as hipóteses de cabimento da ação popular, passando a permitir que o cidadão controlasse, por via jurisdicional, a moralidade dos atos administrativos (art. 5º, inciso LXXIII).

Na verdade, como ensina Cândido Rangel Dinamarco

> sendo a *participação política* um dos esteios do Estado democrático, as nações modernas têm consciência da importância de realçar os *valores da cidadania* – premissa que repercute no sistema processual mediante a implantação e o estímulo de certos remédios destinados à participação política. A *ação popular,* como remédio processual-constitucional destinado ao zelo pelo patrimônio dos entes públicos e pela moralidade administrativa, mais a *ação direta de*

[9] Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo,* 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 1994, p. 171.

> *inconstitucionalidade* com que entidades representativas são admitidas ao controle da fidelidade da lei e atos normativos aos ditames da Constituição, constituem vias de legítima participação política integrantes do sistema processual (Const. Art. 5º, inc. LVII; art. 102, inc., letra *a,* c/c art. 103).[10]

Percebe-se, portanto, que a ação popular tem uma conotação extremamente moderna e atual, coadunando-se com as diretrizes do modelo de Estado Democrático de Direito vigente. Ela se insere dentro de um sistema que procura desenvolver a ideia de cidadania e incentivar a participação popular na gestão e fiscalização da coisa pública.

Hoje o cidadão pode questionar não somente os abusos do Estado, como inicialmente ocorria no Estado Liberal de Direito, mas pode se imiscuir em análises referentes à motivação e à finalidade da atividade pública, todas as vezes que esta contrarie normas princípios fundamentais do nosso ordenamento jurídico. É inegável a conotação política que se extrai dessa nova atividade, o que, entretanto, não é algo que desmereça instituto da ação popular, mas que, ao contrário, salienta sua importância como instrumento de participação popular.

Segundo José Afonso da Silva, a ação popular é

> um remédio constitucional pelo qual *qualquer cidadão* fica investido de legitimidade para o exercício de um poder de natureza essencialmente política e constitui manifestação direta da soberania popular consubstanciada no art. 1º, parágrafo único, da Constituição: *todo poder emana do povo,* que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou *diretamente.* Sob esse aspecto é uma *garantia constitucional política.* Revela-se como uma forma de participação do cidadão na vida pública, no exercício de uma função que lhe pertence primariamente.[11]

As associações e a ação civil pública

Outra forma de se incentivar a participação dos cidadãos nas escolhas de políticas públicas e no gerenciamento estatal é justamente permitir a formação de grupos intermediários que se posicionem como uma "ponte"

[10] Candido Rangel Dinamarco, *ob. cit.,* p. 130.
[11] José Afonso da Silva, *ob. cit.,* p. 463.

entre o público e o privado, e que sirvam de veículo de comunicação e interação entre esses dois espaços.[12]

A Constituição Federal é rica em dispositivos que visam a incentivar a criação e o efetivo funcionamento de quaisquer formas associativas, sejam elas associações propriamente ditas, cooperativas, sindicatos, partidos políticos etc. (art. 5º, incisos XVII, XVIII, XIX, art. 8º e art. 17 CF).

A partir do momento em que a formação dos corpos intermediários, a organização e mobilização da sociedade têm lugar, é natural o surgimento de uma vontade participativa na vida política do Estado, que se viabiliza, dentre outras formas, através do Poder Judiciário.

No âmbito processual, como é natural, essa tendência teve reflexos. Na verdade,

> o processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamado; ele é, por assim, dizer, o *microcosmos democrático* do Estado de Direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade.[13]

Assim, em inúmeros ordenamentos foi reconhecida a legitimidade dos sindicatos e associações na defesa dos interesses não só dos grupos que representam, mas também de interesses de toda a coletividade.

No Brasil, a Lei da Ação Civil Pública foi a primeira a dar legitimidade para as associações proporem demandas para responsabilização por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Após a promulgação da

[12] Kazuo Watanabe, ao comentar o art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, sustenta que "é necessário que a própria sociedade civil se estruture melhor e participe ativamente da defesa dos interesses de seus membros, fazendo com que a mentalidade que disso resulte, pela formação de uma sociedade mais solidária (art. 3º, I, CF), seja a grande protetora de todos os consumidores". *(Código Brasileiro de Defesa do Consumidor,* 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 1994, p. 759). Em perspectiva bem menos otimista, Pedro Lenza conclui que, diante dos dados que atestam que o Ministério Público é o grande e principal autor de demandas coletivas, a expectativa de organização da sociedade na tutela de interesses metaindividuais frustrou-se, *Teoria geral da ação civil pública,* 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 193-196.

[13] Candido Rangel Dinamarco, *ob. cit.,* p. 25.

Constituição Federal de 1988, editou-se a Lei nº 8078/ 90, o Código de Defesa do Consumidor, que, seguindo a tendência anteriormente manifestada, garantiu a legitimidade das associações para pleitear judicialmente tutelas coletivas (art. 82, inc. IV).[14]

Conclusão

No Estado moderno, o exercício pleno e consciente da cidadania, seja pelo voto, pelas diversas outras maneiras previstas ou não pela legislação, é essencial para a vida política do país. Hoje, a forma mais saudável e construtiva de definição de políticas pública é aquela que pressupõe alguma espécie de participação popular.

O Poder Judiciário, com o atual desenho traçado pela Constituição Federal de 1988, transformou-se em um espaço onde, além da aplicação simples e pura da lei, há possibilidade de discussão e decisão sobre de escolhas políticas estatais. É, sem dúvida, um espaço para o exercício da democracia.

As ações coletivas, algumas vezes propostas por cidadãos (ação popular) e associações (ação civil pública), são um bom exemplo de demandas judiciais que permitem a participação popular. Nessas demandas, a sociedade civil pode introduzir à apreciação do Poder Judiciário, questões referentes, dentre outras, à ética do agentes estatais e à moralidade do ato administrativo, à concretização de princípios constitucionais e, portanto, à escolha sobre políticas públicas.

Esse espaço constitui legítimo fórum de debate e deve ser estimulado, pois reflete uma das ideias mestras do vigente modelo do Estado Democrático de Direito, qual seja, a incorporação da população na tomada de decisões, como forma de implementação de justiça material.

[14] A doutrina entende que, ao mencionar associação, os arts. 82 do CDC e 5º da Lei de Ação Civil Pública abrangeram qualquer entidade associativa, tais como cooperativas, sindicatos e partidos políticos. V. Kazuo Watanabe, *ob. cit.,* p. 760 e Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo,* 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 277-284.